



La représentation dans la production et l'application du droit. Etudes de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal

Caroline Plançon

► To cite this version:

Caroline Plançon. La représentation dans la production et l'application du droit. Etudes de cas dans le droit de propriété foncière au Canada/Québec, en France et au Sénégal. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2006. Français. NNT : . tel-00189910

HAL Id: tel-00189910

<https://theses.hal.science/tel-00189910>

Submitted on 22 Nov 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE

UFR 07 de sciences juridiques, études internationales et européennes

THÈSE
pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université Paris I

Discipline : DROIT

présentée et soutenue publiquement par

Caroline PLANÇON

le 24 mai 2006

TITRE :

*La représentation dans la production et l'application du droit
Études de cas dans le droit de propriété foncière
au Canada/Québec, en France et au Sénégal*

Directeur de thèse : Alain ROCHEGUDE

JURY :

M. Étienne LE ROY, Panthéon-Sorbonne Paris I, (Président du jury)

M. Sylvio NORMAND, Université Laval (Québec, Canada)

M. Samba TRAORÉ, Université Gaston Berger (Saint-Louis, Sénégal)

M. Alain ROCHEGUDE, Panthéon-Sorbonne Paris I, (directeur de thèse)

Hector : *"Tu vas donc, et sur-le-champ, me trouver une thèse qui permette à notre Sénat de dire qu'il n'y a pas eu manquement de la part de nos visiteurs, et à nous, hermines immaculées, de les recevoir en hôtes."*

Demokos : *"Quelle est cette plaisanterie ?"*

Busiris : *"C'est contre les faits, Hector"*

Hector : *"Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité."*

Busiris : *"Le Sénat m'a demandé une consultation, je la donne"*

Hector : *"Je te demande, moi, une interprétation. C'est plus juridique encore"*

La guerre de Troie n'aura pas lieu, Jean Giraudoux, 1935. p. 111

Merci !

Un grand remerciement aux professeurs (par ordre d'apparition)

Jean Gicquel, professeur de droit constitutionnel (Paris 1)
Evelyne Pisier, professeur d'histoire des idées politiques (Paris 1)
Pierre Legendre, professeur d'histoire de l'administration (Paris 1)
Mustapha Diop, professeur de langue et de civilisation wolof (Inalco)
Gérard Timsit, professeur de science administrative comparée (Paris 1)
Étienne Le Roy, directeur du DEA "Études africaines" et du Lajp (Paris 1)
Samba Traoré, professeur de droit foncier (Université Gaston Berger à Saint-Louis, Sénégal)
Alain Rochegude, professeur de droit foncier et de la décentralisation (Paris 1)
Andrée Lajoie, directrice du centre de recherche en droit public (Université de Montréal)
Sylvio Normand, professeur d'histoire du droit (Université Laval à Québec)
Ghislain Otis, professeur de droit public (Université Laval à Québec)

Des remerciements tout particuliers à mon directeur de thèse, Alain Rochegude, pour sa grande disponibilité, ses conseils attentionnés et ses encouragements. Encore merci.

Également toute ma gratitude au directeur du LAJP, Étienne Le Roy qui m'a accordé sa confiance et a favorisé la réalisation de mon projet d'année universitaire à Saint-Louis du Sénégal, point de départ de cette thèse.

Au lecteur et lectrices par-dessus l'épaule

Marie-José Rodriguez et Yves Plançon
Akuavi Adonon
Hania Daoud
Monique Gudin
O. Sara Liwerant
Pauline Versini-Campinchi

De part le monde, aux ami(e)s du voyage

Morad Adjaoud	Bassirou Kébé
Sophie Avizou	Dominique Kohlhagen
Florent Baret	Julie Louvel
Alain de Belenet	Pape Abdoulaye Ndiaye
Takia Carvalho	Florence Quentier
Aliénor Delarue	Laurence Réglé
Ibrahima Arona Diallo	Florence Rolland
Daouda Diongue	Julien Rossi
Christoph Eberhard	Maxime Saint-Hilaire
Melis Ece	Hidia Taoufiqi
Nawel Gafsia	Stéphane Valès
Virginie et Modou Gueye	Imke Weichert
Christophe Gros-Dubois	

Partie 1 : Représentations du modèle juridique occidental

Titre 1 : Lien entre représentations du droit et culture juridique.....	27
Chapitre 1 : Contours de la notion de représentation du droit.....	29
<i>Section 1 : Évolution de la notion de représentation</i>	<i>30</i>
<i>Section 2 : Fonctionnement des représentations</i>	<i>43</i>
Chapitre 2 : Culture juridique des juristes.....	71
<i>Section 1 : Culture juridique et diversité des juristes.....</i>	<i>72</i>
<i>Section 2 : Portée de la culture juridique sur le droit et ses représentations.....</i>	<i>92</i>
Titre 2 : Éléments de construction du modèle juridique occidental	123
Chapitre 1 : Institutions et mythes de la rationalité juridique.....	126
<i>Section 1 : Sens et représentations de la construction étatique</i>	<i>127</i>
<i>Section 2 : Du pluralisme à la codification du droit</i>	<i>160</i>
Chapitre 2 : Représentations, terre et droits de propriété	203
<i>Section 1 : Héritage romain du droit de la terre.....</i>	<i>204</i>
<i>Section 2 : Lois, pratiques et représentations de la propriété</i>	<i>230</i>
<i>Rupture dans les représentations de l'espace et du territoire : vers la seconde partie</i>	<i>257</i>

Partie 2 : L'importation du modèle français : représentations et construction normative dans les cultures juridiques du Sénégal et du Québec

Titre 1 : Construction de l'espace juridique en Nouvelle-France et au Sénégal	266
Chapitre 1 : Invention d'un espace politique.....	269
<i>Section 1 : Découvertes et conquêtes</i>	<i>271</i>
<i>Section 2 : Diversité des représentations de l'espace et premiers contacts.....</i>	<i>299</i>
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	<i>325</i>
Chapitre 2 : Conséquences juridiques de l'occupation des territoires.....	327
<i>Section 1 : Les institutions de "l'occupation juridique" dans les colonies</i>	<i>328</i>
<i>Section 2 : Réception et interprétations du droit importé par les acteurs</i>	<i>351</i>
Titre 2 : Droit de la terre : deux légitimités fondées sur les représentations.....	401
Chapitre 1 : Les cultures juridiques et la propriété individualisée.....	403
<i>Section 1 : Propriété québécoise entre droit civil et Common Law.....</i>	<i>404</i>
<i>Section 2 : État, droit et politiques de la terre dans le Sénégal indépendant.....</i>	<i>431</i>
Chapitre 2 : La recherche d'un compromis entre droit légal et pratiques	461
<i>Section 1 : Revendications territoriales et réappropriation du droit par les Amérindiens</i>	<i>462</i>
<i>Section 2 : Pratiques du droit foncier des populations : illustrations à Saint-Louis</i>	<i>512</i>
Conclusion.....	535
Indications bibliographiques.....	553
Textes législatifs et réglementaires.....	589
Jurisprudence relative aux questions amérindiennes.....	592
Index (Thématique, par auteur et toponymique)	593
Annexes	607
Table des matières	661

<i>Annexe I : "Chronologie" : quelques repères au Canada/Québec, France et Sénégal.....</i>	<i>609</i>
<i>Annexe II : Cartes du Sénégal.....</i>	<i>617</i>
<i>Annexe III : Cartes du Canada, du Québec et des territoires amérindiens au Québec</i>	<i>619</i>
<i>Annexe IV : Descriptif des entretiens effectués à Saint-Louis (1997/1998)</i>	<i>623</i>
<i>Annexe V : Les entretiens et recherches effectués au Québec (1999-2005).....</i>	<i>625</i>
<i>Annexe VI : Les représentations de l'espace et du temps : le mythe de Mame Kumba Bang à Saint-Louis au Sénégal et le mythe innu de Nérézio et Nippé au Québec</i>	<i>627</i>
<i>Annexe VII : Pays de droit écrit et pays de coutumes dans la France médiévale.....</i>	<i>631</i>
<i>Annexe VIII : Les Amérindiens connus des Français à l'époque des Cent-associés.....</i>	<i>633</i>
<i>Annexe IX : Carte du peuplement dans la région de Québec-ville au 17^e siècle.....</i>	<i>634</i>
<i>Annexe X : Représentation graphique du "rang" québécois.....</i>	<i>635</i>
<i>Annexe XI : Plans de la ville de Saint-Louis.....</i>	<i>637</i>
<i>Annexe XII : Indications pour la prononciation du wolof.....</i>	<i>641</i>
<i>Annexe XIII : Les royaumes précoloniaux au Sénégal</i>	<i>643</i>
<i>Annexe XIV : Le mythe de fondation de Guet Ndar et représentation de Guet Ndar</i>	<i>644</i>
<i>Annexe XV : Carte des seigneuries de la région de Montréal au 17^e siècle.....</i>	<i>646</i>
<i>Annexe XVI : Loi sur le domaine national au Sénégal</i>	<i>647</i>
<i>Annexe XVII : Tableau gestion domaniale et foncière au Sénégal</i>	<i>649</i>
<i>Annexe XVIII : Traités numérotés et revendications amérindiennes au Canada</i>	<i>650</i>
<i>Annexe XIX : Statistiques des populations autochtones au Québec.....</i>	<i>651</i>
<i>Annexe XX : Application des lois provinciales canadiennes en matière autochtone.....</i>	<i>652</i>
<i>Annexe XXI : Extrait de la Proclamation royale de 1763</i>	<i>653</i>
<i>Annexe XXII : Évolutions territoriales des territoires canadien, indien et québécois</i>	<i>655</i>
<i>Annexe XXIII : Étapes d'application de l'article 35 de la Constitution canadienne.....</i>	<i>658</i>
<i>Annexe XXIV : Décret 96-1100 du 18 décembre 1996, JORS, 28 décembre 1996, p. 594</i>	<i>659</i>

Liste des abréviations

AANB Acte de l'Amérique du Nord Britannique

AOF Afrique Occidentale française

APCR Association des présidents de Conseil rural

BCAO Banque de Construction de l'Afrique de l'Ouest

CNCR Conseil national de concertation et de coopération des ruraux

DRUA Direction Régionale de l'Urbanisme et de l'Architecture

DUA Direction de l'Urbanisme et de l'Architecture

ENAM Ecole nationale d'administration et de la magistrature de Dakar

GIE Groupement d'Intérêt Économique

GTZ Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit,
(Services techniques du ministère de la Coopération allemand)

JORS Journal officiel de la République du Sénégal

OHLM Office de l'Habitat à Loyer Modéré

OIT Organisation internationale du Travail

PAF Plan d'action foncier

SDAU Schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme

SÉNÉLEC Société Nationale d'Électricité du Sénégal

SICAP Société immobilière du Cap-Vert

SOQUIJ Société québécoise d'information juridique

UPS Union progressiste sénégalaise

La relation étroite entre le Droit et le droit de la terre est au cœur de la construction du présent travail. Les questions relatives aux rapports de l'homme à la terre, de la possession à l'usage qui en est fait, ont cette portée qui permet d'envisager les différentes conceptions et parfois confrontations que la notion de Droit peut révéler. La souveraineté sur le territoire, le droit et la construction étatique sont en étroites relations et forgent l'imbrication des deux notions "droit" et "propriété" sur la terre dans les conceptions juridiques occidentales. Ce lien indéfectible existant entre le "droit" et l'"espace" se manifeste dans le terme "nomos"¹. La notion de propriété est intrinsèquement liée à celle du Droit : "*La propriété est dépendante de la société et de l'une des créations essentielles des sociétés occidentales : la loi. (...) La propriété et le droit sont nés ensemble.*"² Toute la démonstration qui concerne l'émergence d'un modèle juridique et les modalités de sa diffusion, sera analysée à la lumière des relations foncières. Ainsi, les comportements des juristes et des destinataires du droit vis-à-vis de la norme seront étayés par des normes qui mettent en jeu la terre dans les rapports sociaux. La question des découvertes de nouveaux territoires à partir du 15^e siècle, de leur appropriation, puis de leur colonisation, met en relief les logiques juridiques et les représentations du droit des acteurs. Le thème des relations foncières pose un certain nombre de questions relatives à l'universalité ou non du droit, et aux situations de pluralisme juridique qui peuvent découler de la rencontre de différentes cultures juridiques sur un même espace social. Un des aspects du projet est d'examiner comment un modèle juridique, en l'occurrence le modèle français, a été diffusé et réceptionné dans d'autres contextes et comment, suite à l'importation et l'imposition de ce système juridique, les imbrications des représentations, des discours et des pratiques relatives au droit, ont pu aboutir à l'élaboration d'une manière de faire et de procéder, et devenir, le cas échéant, un droit national.

Dans la perspective d'offrir un cadre de comparaison, le projet doctoral met en relation trois situations : celle du modèle français et celles observées au Sénégal et au Québec lors de la diffusion du modèle juridique³. La question a été examinée à l'égard des logiques juridiques relatives à la terre, mises en œuvre au Sénégal, pendant la période coloniale puis par l'État

¹ CASSIN Barbara (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, Paris : Seuil/Le Robert, 2004, 1531p, p. 711 (Lex/jus) et p. 1291 (Thémis/diké/nomos).

² BENTHAM Jeremy, *The theory of legislation*, Routledge and Kegan Paul, 1931, (1831) p. 111-113, cité et traduit par GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit. Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte-d'Ivoire, le Ghana et la Mali)*, Thèse pour le doctorat en droit, 1998, 400p, p. 113.

³ Pour la mise en relation de repères historiques et juridiques dans les trois contextes, voir le **tableau-chronologique Annexe I** et les **cartes du Canada, du Québec, du Sénégal Annexes II et III**.

indépendant⁴. Pour analyser les attitudes des acteurs juridiques dans un cadre idéologique et géopolitique sensiblement différent, le Québec permet d'une part, d'examiner les modalités d'acculturation juridique et de revendications territoriales des populations amérindiennes et d'autre part, d'établir une connexion entre les deux grandes cultures juridiques européennes, Common Law et droit romano-germanique⁵.

Notre approche présente un caractère comparatif qu'il nous faut préciser pour se départir de certaines ambiguïtés, notamment s'agissant des finalités attribuées au droit comparé. A quoi sert de comparer les cultures juridiques, et avant tout, est-ce possible ? La méthode comparative est l'occasion de vérifier dans le cadre de différents contextes, les phénomènes liés à la notion de culture juridique : la complexité du réel et le pluralisme juridique ne sont pas propres à un seul contexte ; ce sont des réalités que l'on retrouve, sous des modalités variables, dans chacun des cas envisagés. Plusieurs difficultés se posent quand il s'agit de comparer. Quels sont les objectifs possibles, et ceux finalement retenus ? Dans le droit comparé, un des objectifs annoncé ou inconscient est souvent l'unification du droit. Ce n'est pas notre vision. Il ne s'agit pas non plus d'établir une hiérarchisation des conceptions du droit qui font l'objet de la comparaison. Ici, la comparaison est utilisée comme un procédé qui tend à mieux comprendre les mécanismes juridiques. La comparaison est, pour nous, un moyen essentiel de notre démonstration car elle permet de montrer qu'il existe diverses manières de concevoir le Droit et que celles-ci, quoique parfois très différentes, peuvent être abordées avec les mêmes outils et les mêmes méthodes. Une double démarche s'opère alors, où, simultanément, l'esprit tente la diversité en s'imposant d'oublier ses propres référents, et afin de traiter les systèmes juridiques le plus objectivement possible, tente l'uniformité méthodologique, en s'imposant les mêmes interrogations pour l'une et l'autre des cultures, en dépit de leur différence.

Dans ce sens, la comparaison est un outil de connaissance du droit comme la perçoit Rodolfo Sacco⁶ mais aussi de critique comme l'énonce Horatia Muir Watt⁷. Puisque notre objectif n'est

⁴ Cette première recherche est le résultat de l'année passée au Sénégal en 1997-1998 pour l'obtention de la maîtrise de droit public de l'Université Gaston Berger à Saint-Louis qui a donné lieu à des enquêtes et des observations personnelles à Saint-Louis. Ces recherches sur le terrain ont permis de découvrir certains aspects concrets des représentations sociales et également leurs implications dans la vie juridique de la ville. Voir **les entretiens tenus à Saint-Louis Annexe VI**.

⁵ Pour des précisions sur les **recherches et travaux effectués au Québec**, voir l'**Annexe VII**.

⁶ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p.

⁷ MUIR WATT Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n° 3, p. 503-527.

absolument pas de tendre vers l'unification du droit, les finalités que nous donnons à l'approche comparative, à savoir un outil de compréhension et d'explication plus global du phénomène juridique, influent sur les méthodes de travail et se reflètent dans la manière de présenter nos trois contextes d'étude. Il ne s'agit aucunement de trouver les points de ressemblance ou de différence – attitude qui peut être intéressante mais peut s'avérer vide de contenu et dénuée de sens quand les éléments de la comparaison sont trop différents – mais de montrer trois processus de formation d'une culture juridique et leurs conséquences d'une part, sur les représentations du droit, d'autre part, sur la production normative.

Dans cette perspective, nos trois contextes d'étude sont utilisés pour mettre en évidence ce que l'on pourrait ne pas percevoir si l'étude de l'émergence d'une culture juridique ne se faisait que dans un seul contexte. En définitive, notre souci n'est pas de faire une comparaison proprement dite dans la mesure où la comparaison n'a pas pour but de faire émerger un modèle, ni de chercher à apporter des améliorations à tel ou tel droit. D'ailleurs, comment modéliser la complexité du réel ? *"Peut-on vraiment, comme d'aucuns l'exigent, appliquer aux faits humains et sociaux la méthode nomologico-déductive, caractéristique des sciences de la nature ?"*⁸ Ce projet paraît en soi, illusoire dans le cadre d'un discours descriptif et pédagogique. Même si les modèles paraissent enrichissants dans le cadre de réflexion sur la construction de la pensée humaine, ce n'est pas seulement dans cette attitude que nous nous impliquons. En partant du constat qu'*"une théorie n'exprime pas la réalité du monde : elle n'est qu'une médiation entre celle-ci et notre esprit"*⁹, l'intérêt des apports théoriques doit être mis en parallèle avec la nécessité d'ancrer ceux-ci dans une réalité vécue par les différents acteurs. Le danger de reconstruire, après coup, les phénomènes sociaux et juridiques et l'éventualité de construire un *artefact*, loin de nous dissuader de nous pencher sur les pratiques et les représentations juridiques des acteurs qui constituent le cœur de ce travail, nous maintiennent en état de vigilance sur les méthodes de recherche adoptées, d'autant que, paradoxalement, *"le comparatisme est souvent coupable d'empêcher la comparaison. Les théories du droit, victimes d'illusions d'optique, favorisent des carences ou, à l'opposé, des hypertrophies doctrinales qui font obstacle à la comparaison."*¹⁰ Celle-ci est ici envisagée comme un procédé heuristique pour comprendre le phénomène juridique abordé dans trois cadres d'études qui apportent des éclairages différents pour cerner les éléments qui contribuent à l'émergence d'une culture juridique. Cet objectif posé,

⁸ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 199.

⁹ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, 496p, p. 96.

¹⁰ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 252p, p. 165.

il n'en reste pas moins vrai que cette ambition est "humainement" difficile à réaliser tant on demeure prisonnier de sa propre culture qui reste sa vision du monde de référence, celle vers laquelle on converge sans même parfois en avoir conscience¹¹. Cependant, faire état de différents regards sur un même objet d'étude permet déjà d'envisager le contenu de l'étude sous un autre angle de vue. En d'autres termes, le simple fait d'envisager tous les regards que l'on peut avoir à propos du Droit représente déjà un gage de non-caricature. En effet, même si nous ne les soulignons pas tous de manière systématique, faire état du regard de l'Autre sur notre Droit, de soi sur le Droit de l'Autre, de l'Autre sur son propre Droit, et de soi sur son propre Droit, rend perceptible que l'ensemble de chacune de ces propositions produira un schéma imbriqué de représentations.

Si, l'objectif est d'étudier comment un modèle juridique est diffusé et réceptionné dans d'autres contextes culturels et, dans cette logique, de se poser les questions de l'universalité ou non d'une conception occidentale du Droit, il semble opportun de se pencher précisément sur la nature des différentes cultures juridiques et sur leurs dynamiques intérieures. C'est pourquoi il paraît surréaliste de prétendre s'intéresser à la diffusion et la perception d'un modèle donné, ici le modèle juridique et étatique français, sans étudier celui-ci dans son cadre d'origine. Comment, en effet, parler de la diffusion d'un modèle si ce qu'on entend par ce modèle et ce qu'on en retient comme élément pour notre réflexion n'est pas suffisamment précis ? De quel modèle juridique parle-t-on exactement ? Y a-t-il même consensus sur les approches pour le concevoir ? Autrement dit, s'interroger sur les caractères du modèle juridique français devient incontournable. Ces développements offrent des fondements juridiques plus solides à nos réflexions sénégalaises et québécoises : offrir la possibilité d'un regard plus distancié, propice à

¹¹ Malgré soi, on avance nécessairement avec son bagage juridico-culturel qui oriente la perception. La difficulté de se détacher de son modèle culturel concerne également les questions de forme : en effet, notons le paradoxe qui consiste à questionner, en essayant de les discuter, les logiques juridiques classiques au moyen d'une présentation académique relevant somme toute d'une rationalité bien classique... Toute question de logique ne saurait-elle être qu'aristotélicienne ? Le tiers exclu ou le milieu exclu est un des principes de la logique classique, rationnelle qui repose sur la bivalence : deux propositions contradictoires ne peuvent être vraies simultanément, la vérité de l'une impliquant la fausseté de l'autre. Le principe d'écriture – en particulier son caractère linéaire – renforce cette croyance, la rédaction étant l'instrument de codification et de classement logique de la rationalité juridique en Occident. En revanche, la lecture n'est pas nécessairement soumise au principe de linéarité – la possibilité de lire ou non cette note l'atteste – l'usage des liens hypertextes permet une écriture et, surtout, une lecture intrinsèquement et complètement dé-linéarisées et peut avoir des conséquences sur le fond. Dans bien des cas, la complexité du réel décrite dans ce travail implique de présenter des "vérités" contradictoires, et pourtant simultanément vécues par les acteurs. Pour des éléments d'"histoire de la rationalité juridique" voir LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, 590p.

l'étonnement permet d'appréhender les autres modèles sous un regard apte à la curiosité¹². Encore une question de regard. En effet, les notions de représentation et de culture juridique sur lesquelles nous mettons l'accent, en France, au Québec et au Sénégal, soulèvent des questions relatives à la démarche ; l'une des difficultés consiste à "sortir" de sa propre culture juridique pour comprendre d'autres façons de se représenter le Droit : ainsi, aux questionnements sur les autres cultures juridiques, s'ajoutent nécessairement ceux sur sa propre culture juridique¹³. Finalement, le cadre de comparaison, à l'origine construit sur deux éléments, Sénégal et Québec, est construit comme un cadre où trois éléments, y compris le cas français, sont étudiés puisque dans les trois contextes, nous nous intéressons de manière identique au processus de formation du Droit et de la culture juridique ; nous établirons que celle-ci n'est pas homogène, notamment en raison des situations de pluralismes et d'acculturations juridiques successives.

La complexité apparente du réel, donc de notre discours pour en faire état¹⁴, vient de l'idée d'interactions et de passerelles entre les notions et les concepts qu'il nous faut tous considérer dans leur ensemble pour avoir une vision la plus globale possible de ce que peut recouvrir la culture juridique. Le cœur du sujet est de montrer que les éléments à prendre en considération – terre, État, propriété, rapport à l'écrit et unité du droit –, présentés traditionnellement séparément, sont imbriqués et finalement indissociables pour comprendre le rapport au Droit et ses représentations. Ce sont plus les modalités de connexions entre ces thèmes que nous interrogeons que les thèmes eux-mêmes. C'est la notion même de culture juridique qui exige un angle de vue panoramique, sans que les effets de zoom ne soient pour autant interdits sur certains thèmes qui paraissent importants pour la compréhension du phénomène juridique, et impose de faire état de

¹² Pour cette attitude de "déplacement du regard", *Les Lettres persanes* de Montesquieu ; l'article de Jean Rivero, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur les recours pour excès de pouvoir", *Recueil Dalloz, Chronique* 1962, p. 37-40 ou encore les travaux de Bruno Latour, notamment sur le Conseil d'État, LATOUR Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*. Paris : La découverte/Armillaire, 2002, 319p, donnent une idée de ce que peut être un regard distancié sur le modèle français.

¹³ Notons que dans les démarches comparatistes et relevant de l'anthropologie juridique, le chercheur, en particulier quand il est occidental, éprouve souvent le besoin d'examiner les modèles étrangers dans un premier temps, pour ensuite retrouver son propre modèle sous une autre lumière et un autre regard et se poser d'autres questions. PLANÇON Caroline, "L'anthropologie juridique ou la vie rêvée d'une apprentie-juriste", *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2004, et *Revue Droit et cultures*, hors-série 2004/4, p. 313-322.

¹⁴ Dans l'introduction de *L'institution imaginaire de la société*, Cornélius Castoriadis utilise les expressions "travail fait" et "travail se faisant" : "Contrairement à toutes les règles de composition, les murs du bâtiment sont exhibés les uns après les autres au fur et à mesure de leur édification, entourés par ce qui reste des échafaudages, de tas de sables et de pierre, de bouts de poutres et de truelles sales. (...) Cela devrait être une banalité, reconnue par tous, que le cas du travail de réflexion, enlever les échafaudages et nettoyer les abords du bâtiment non seulement n'apportent rien au lecteur, mais au contraire lui enlève quelque chose d'essentiel." CASTORIADIS Cornélius, *L'institution imaginaire de la société*, Paris : Seuil, 1975, 502p, p. 5-6. Cette formulation nous a encouragée à utiliser le cheminement comme étant en soi un élément de compréhension de notre propos pour le lecteur qui, de ce fait, l'emprunte avec nous. Parce qu'après tout, une thèse ce n'est pas seulement **527p**, c'est aussi six années de cheminement, de détours, d'impasses souvent, de sorties de route parfois, à être obsédée par un même sujet...

ces nombreux thèmes. Le cheminement utilisé pour éclaircir ces données se nourrit de différents niveaux d'implication pour illustrer le propos. L'argumentation met en jeu des illustrations de pratiques juridiques relevant d'échelles très variables : tantôt il sera question de comportements individuels, tantôt d'enjeux nationaux, et parfois de considérations qui offrent une vision mondiale du phénomène juridique en soulignant la diversité des cultures juridiques et les enjeux de leur rencontre. Cette précision pour annoncer que notre thèse s'articule autour d'un "noyau de questions", lesquelles dépendent de chacun de ces trois niveaux. Tout l'enjeu est de traduire l'imbrication des différents niveaux de pratiques juridiques et des questions afférentes à chacun d'eux.

Dans ce contexte de recherche, pour comprendre la démarche globale de notre projet, il est nécessaire de s'interroger sur la définition et la nature de l'objet "Droit". Ce sont elles qui permettent d'établir les fondements de la notion de culture juridique et le lien entre représentations et Droit. Pierre Legendre parle de *"représentation familière du statut de droit dans la pensée moderne"*. Cette idée de représentation familière, nous la lions à celle que nous nous faisons du droit vu au travers du prisme des mythes juridiques. *"Il ne s'agit pas de fournir à nouveau quelque réponse attendue, la réponse est déjà là quand est posée la question. Mon propos n'est pas de critiquer cette représentation familière, mais d'en prendre acte et, partant de là, de la contourner, afin d'apercevoir les fondations dont elle nous barre la vue."*¹⁵ Dépasser cette *"représentation familière"* du Droit, c'est souligner son hétérogénéité, le caractère pluridisciplinaire indispensable pour l'étudier et clarifier ce que l'on entend par Droit.

Problématique

Le Droit¹⁶ est le point de départ de notre étude ; encore faut-il s'entendre sur son contenu et le statut qu'on lui attribue. On sait qu'il n'y a pas de réponse unique à cette question, ni même peut-

¹⁵ LEGENDRE Pierre, "Revisiter les fondations du droit civil", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, p. 639-644, p. 639.

¹⁶ Droit ou droit ? La question de la graphie du terme "droit" n'est pas seulement une question de forme car elle soulève de véritables problèmes de fond. Les différentes graphies correspondent aux différents contenus que l'on souhaite donner à la notion. Tout au long de notre travail, nous rencontrerons les différentes graphies. Le terme désigne tantôt l'ensemble des textes applicables à un moment donné, le droit dit "positif", objet d'un enseignement universitaire – *"faire son droit"* – tantôt le phénomène juridique dans son acception la plus large, dans cette hypothèse, c'est le "Droit" qui est alors objet de recherche. Même si *"le 'droit' avec une minuscule, compris à l'occidentale, ne constitue que la pointe émergée de l'iceberg"*, l'étude du Droit implique celle du droit. EBERHARD Christoph, "Droit, gouvernance et développement durable. Quelques réflexions préliminaires", *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques*, 2004, n° 53, p. 81-122, p. 81.

être de réponse¹⁷. On ne peut pas enfermer le Droit dans un seul aspect et il serait vain de fermer le dossier de la définition du Droit ici, approcher ce que recouvre le Droit étant l'objet même de la thèse. Cette question centrale est associée à celles qui se préoccupent des modalités de reconnaissance d'un système de droit donné, en d'autres termes les questions relevant de la définition du droit ne peuvent faire abstraction des questions de légitimité du droit. Légalité et légitimité ne sont pas antinomiques dans le sens où ce que recouvre le Droit peut être abordé par différentes voies ; ici, la légitimité du droit est considérée comme étant au cœur de ce qu'est le Droit : le Droit ne peut être dissocié de sa réception et de ses interprétations par les populations auxquelles il s'adresse.

Dans une première acception, la plus familière en France, le droit est "*l'ensemble des règles de conduite humaine, édictées et sanctionnées par l'État et destinées à faire régner dans les relations sociales, l'autorité et la liberté.*"¹⁸ Cette définition classique qui associe droit, sanction et conflit, soulignant le rôle de l'institution judiciaire, doit être complétée pour donner une dimension plus globale au droit intégrant un rôle de "*Référence*"¹⁹ et ouvrant la voie à d'autres conceptions et représentations. Dans ce sens, le droit nous intéresse en tant que discours, représentations et pratiques qui peuvent exister à son propos, venant des juristes comme des non-juristes. Le décalage sur lequel nous voudrions attirer l'attention porte sur ces différents moments de la pensée juridique. En contexte de pluralisme juridique et de rencontres de cultures différentes, il peut exister une non-coïncidence entre ces trois aspects de "*la vie du droit*"²⁰ au Sénégal, au Québec et en France. Notre hypothèse de départ consiste à poser que l'adéquation entre le penser (représentation), le dire (discours), et le faire (pratique) n'est pas toujours réalisée. Le travail établit comment se manifeste la non-coïncidence entre ces trois phases juridiques et quelles sont ses incidences. Précisons que la coïncidence entre le penser, le dire et le faire n'est pas placée comme un objectif à atteindre nécessairement. Bien au contraire, si remise en question il y a, elle se situe justement à l'endroit de l'idéalisation de la cohérence et de la rationalité présentée comme des fins absolues et présumées universelles en matières juridiques.

¹⁷ ROULAND Norbert, "On ne peut penser le droit", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 10, 1989, p. 77-79.

¹⁸ GICQUEL Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : Montchrétien, coll. Domat droit public, 1993 (12^e éd.), 809p, p. 9.

¹⁹ LEGENDRE Pierre, "Le ficelage institutionnel de l'humanité. Entretien avec Pierre Legendre" *Anthropologie et société*, vol. 13, n° 1, 1989, p. 61-76, p. 71.

²⁰ HILAIRE Jean, *La vie du droit*, Paris : PUF, 1994, 308p.

Ces éléments permettent de comprendre le contenu du droit non seulement dans son aspect technique, au travers des lois et règlements, corpus dont l'examen est nécessaire, dans la mesure où ce droit posé est une première étape pour comprendre la manière dont le droit peut être vécu et accepté par les populations auxquelles il est censé être appliqué, mais non suffisant car le droit nous intéresse également par ses pratiques qui peuvent s'affranchir de tout texte, étant donné que le phénomène juridique peut également s'exprimer, en toute légalité, sans l'intermédiaire des législations étatiques. En cela, nous nous inscrivons dans la démarche de Michel Alliot quand il affirme que *"les manuels peuvent laisser croire que le Droit se résume au texte : la réalité s'insurge contre le fléchissement du texte, elle le montre sans signification ni efficacité propres ; elle fait apparaître le Droit comme un ensemble de pratiques qui reçoivent l'accord général, le texte n'est qu'un moyen, et encore incomplet, de discerner cet accord. Le juriste, qui a pris sur ce texte, mais qui ne peut pas grand chose ni sur les pratiques qui lui échappent ni même sur les représentations qui donnent son sens au texte, est alors moins glorieux."*²¹ Dans ce sens, préciser les sources et les matériaux de travail permet de donner une indication sur ce que l'on considère comme relevant du Droit. La perception que l'on a du Droit est décelable dans les sources que l'on prend en compte pour l'étudier ; on le voit notamment dans l'attitude des juristes vis-à-vis de la coutume, cette dernière notion agissant comme une sorte de "test révélateur" de la perception qu'un juriste a du "Droit". Les sources en question ne sont pas seulement celles qui renseignent sur le contenu du droit en vigueur, (le "droit positif" ou posé), mais aussi celles qui informent sur ce que les acteurs (professionnels du droit et usagers) comprennent et font de ce droit.

Dans ce sens, les méthodes et les sources utilisées sont aussi une voie pour illustrer les perceptions du Droit. S'intéresser aux pratiques juridiques et aux discours des différents acteurs, reflets des représentations relatives au Droit, atteste que la lecture des textes ne nous paraît pas suffisante pour approcher la réalité et la complexité du phénomène juridique. Deux types de décalage apparaissent. Le premier se situe entre le discours et les pratiques au sein du groupe des juristes, le deuxième entre, d'une part, le discours et les représentations des juristes à l'égard du droit positif et, d'autre part, les pratiques des non-juristes. Dans le premier cas, le propos est construit autour du juriste en tant qu'acteur du droit et l'on tente de cerner son discours en tant qu'observateur de sa pratique. Dans le second, le constat se fait de l'extérieur, le décalage discours/pratiques des populations n'est que rarement médiatisé explicitement, même s'il peut

²¹ ALLIOT Michel, "Les transferts de droit ou la double illusion", *Bulletin de liaison du LAJP*, mars 1983, p. 121-131, p. 131.

parfois être tout à fait perçu, et par les juristes au regard du droit posé et de son application, et par les populations à l'égard de leurs pratiques vues au travers du prisme du droit applicable.

Toute la difficulté pour construire notre objet d'étude vient du fait que ce que l'on désigne comme "le droit" est tantôt une discipline universitaire, une science, un corps de règles applicables à une société donnée – le droit positif – ou encore un objet social. Pour distinguer le droit entendu comme corps de règles applicables dans une société donnée et le droit entendu comme science, l'enjeu est d'inscrire une dimension critique dans la recherche juridique, notamment quand la science du droit se confond avec son objet, c'est-à-dire quand elle est la pratique même des professionnels du droit. Pour Max Weber *"cette discipline établit ce qui est valable d'après les règles de la doctrine juridique, ordonnée en partie par une nécessité logique, en partie par des schèmes conventionnels donnés ; elle établit par conséquent à quel moment des règles de droit déterminées et des méthodes déterminées d'interprétation sont reconnues comme obligatoires. Mais elle ne répond pas à la question : devrait-il y avoir un droit et devrait-on instituer justement ces règles-là ?"*²² Cela pose la question du contenu et du rôle que la science juridique peut avoir. Michel Troper considère lui aussi que *"l'examen du contenu de la loi n'est d'aucune utilité pour l'examen de sa validité (... et) par hypothèse, la science du droit ne peut pas, à l'aide de ses méthodes spécifiques, décrire ces normes, ces valeurs ou ces buts."*²³ Certes. Le droit est cela, mais pas seulement, car il se trouve que ce sont justement ces questions qui nous paraissent pertinentes pour étudier la culture juridique. Le droit s'appliquerait et ne se discuterait pas... ? Il semble légitime de s'interroger sur le fondement de cet état d'esprit et sur la croyance en l'irréfutabilité de la norme. Le problème est qu'en limitant le droit à sa seule nature de corpus de règles, en éludant sa qualité de science, on entrave la possibilité de critique de la façon dont le droit est perçu dans les sociétés occidentales. La dimension critique de l'étude du droit ne consiste pas à discuter le caractère obligatoire d'une norme – quoique la question, développée notamment par Hannah Arendt, de la désobéissance civile soit une question qui intéresse notre propos relatif à la légitimité du droit²⁴ – mais plus précisément, en amont, à déterminer comment la construction de ce même caractère d'obligation s'est élaborée et comment il a été intégré dans la culture juridique. La critique n'est pas inconcevable, encore moins impossible : elle est non seulement possible, mais également nécessaire et salutaire.

²² WEBER Max, *Le savant et le politique*, Paris : 1963, (1^{er} éd. 1959) Plon, 221p, p. 100.

²³ TROPER Michel, "Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes", TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, Paris : Publication de la Sorbonne, 2001, 189p, p. 35-48, p. 37.

²⁴ Chapitre "La désobéissance civile", ARENDT Hannah, *Du mensonge à la violence, Essais de politique contemporaine*, (titre original : *Crises of the republic*), Paris : Calmann-Levy, coll. Agora, 1972, 241p, p. 53-105.

Quand nous parlons de critique du droit, nous envisageons l'objet d'étude "droit" non pas seulement en tant que technique – l'objet étudié majoritairement dans les premier et second cycles des facultés de droit français –, mais également en tant que science²⁵. Ce n'est pas l'un ou l'autre ; le droit recouvre ces deux réalités, pratique et théorique. Selon l'angle de vue adopté, elles apparaîtront conjointement dans ce travail. D'où la complexité pour circonscrire l'étude de l'objet "droit" dont les définitions proposées par les auteurs, quoique très variables, sont également utiles pour comprendre le phénomène juridique dans sa globalité. Pour l'examiner, il est nécessaire de les prendre toutes en considération. Ces approches renvoient à des moments différents de la vie du droit qui le constituent à part entière. Différents battements dans la vie juridique sont identifiables, déterminés par différentes échelles temporelles. Une première échelle, petite, est celle encadrée par les séquences de production et d'application du droit et de son contrôle, accompagné de sanction le cas échéant. L'autre échelle de plus grande envergure, se situe au niveau de la culture juridique et ne concerne pas à proprement parler les techniques juridiques mais renvoie à l'émergence, la permanence, la diffusion et à la transformation des représentations du droit. Les réflexions sur le sens profond du Droit ne peuvent être détachées des procédures juridiques du droit applicable ; inversement, ces techniques prennent d'autant plus sens qu'elles sont envisagées dans un contexte global de politique juridique. Dans cette perspective et *"contre l'idée rassurante d'un droit unitaire et homogène, dont l'harmonie, la rigueur, la tranquillité et la quiétude ne seraient affectées que par des "crises", contre cette idée, il m'a semblé depuis longtemps qu'il fallait prendre acte de l'hétérogénéité et de la dispersion des formes normatives. Et tenter de penser le droit, à la fois, dans sa discontinuité et la complexité essentielle de ses mécanismes propres de signification."*²⁶ Cette attitude suggérée par Gérard Timsit va dans le sens d'une démarche d'ouverture disciplinaire pour étudier l'objet droit.

La question de la pluridisciplinarité s'impose, non pas pour exprimer un quelconque attachement aux frontières entre disciplines – bien au contraire – mais parce que le cloisonnement apparaît très distinctement et fermement, dans le système de formation d'aujourd'hui. L'étude du droit sans esprit d'ouverture vers d'autres démarches disciplinaires nous pose question, notamment

²⁵ Henry Lévy-Bruhl accorde une grande importance à ce que pourrait être la science qui s'intéresse au droit il la nomme *juristique*. *"Puisque le Droit est chose sociale et qu'il dépend non pas de caprices individuels, insaisissables, mais de facteurs parfaitement observables et, dans une certaine mesure, chiffrable, une science véritable du phénomène juridique est possible. Je veux dire que l'on peut dépasser l'observation pour rechercher l'explication."* LÉVY-BRUHL Henri, "La juridique", *Aspects sociologiques du droit en 1955*, p. 37, (et dans *Cahier internationaux de sociologie*), cité par LE ROY Étienne, "Juristique et anthropologie", *Journal of legal pluralism and unofficial law*, n° 29, 1990, p. 5-21, p. 14.

²⁶ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 252p, p. 2.

concernant ce que l'on pourrait appeler le "*juridico-centrisme*"²⁷, comportement de celui qui ne se détache pas de la vision juridique classique et qui peut être teinté d'ethnocentrisme. En ce qui concerne la présente étude, les disciplines ancillaires, histoire, géographie et philosophie, qui l'accompagnent, sont justifiées et même imposées par les objets de notre recherche, le Droit et ses représentations, notamment en matière foncière. Cette démarche permet de poser la question de la définition du Droit différemment, en changeant d'angle de vue et de là, de considérer le Droit autrement, sous un autre éclairage où il apparaît comme une construction en permanente transformation en liaison avec les représentations et interprétations des acteurs qui l'utilisent. Considéré sous cet angle, le Droit, système de représentations, apparaît non pas comme un modèle construit a priori, mais comme le produit d'une culture juridique où le poids de la rationalité, de l'apport doctrinal et le poids des interprétations et des pratiques conduisent finalement à l'émergence d'une certaine conception du droit. Cette approche de la définition du Droit donne une place prépondérante aux représentations qui jouent un rôle essentiel non seulement dans la construction du droit mais aussi dans sa légitimation car il n'y a pas de modèle juridique construit en soi.

Penser le droit comme un système de représentations, c'est tisser des liens étroits entre Droit et culture juridique. Il existe différentes cultures juridiques, parfois aux conceptions incompatibles mais égales en valeur et dignes du même intérêt. La notion de culture juridique est envisagée selon deux niveaux d'analyse. Le premier s'intéresse à la culture juridique, à ce qu'elle désigne et comment elle fonctionne, le deuxième s'interroge sur les modalités de rencontres des cultures juridiques. La première étape est l'occasion de souligner l'existence de différentes cultures juridiques, et de là, de discuter, pour la réfuter, l'idée selon laquelle il existerait une seule vision du Droit qui serait universelle. Remettre en question l'universalité de certaines caractéristiques du Droit conduit à reconnaître un caractère juridique à des phénomènes qui n'apparaissent pas juridiques a priori au regard occidental. Poser la question du droit en terme de culture juridique permet de dépasser les difficultés liées au terme "Droit", qui paraît insuffisant pour embrasser la diversité des réalités qu'il recouvre. L'universalité du phénomène juridique ne signifie pas son uniformité : le phénomène juridique est universellement partagé et la variabilité des formes d'expressions juridiques (oralité/écriture, résolutions des conflits par une instance tiers ou à l'intérieur du groupe...) n'a pas d'influence sur la réalité de l'existence d'une régulation fondée

²⁷ A cet égard, un enseignement du droit où l'approche pluridisciplinaire serait renforcée ne paraît pas absurde à ceux qui s'interrogent sur les réformes à apporter aux enseignements du droit. LYON-CAEN Antoine (sous la dir.), *Rapport de la commission de Réflexion sur les Études de droit*, Rapport à M. Jack Lang, Ministre de l'Education Nationale, Avril 2002, 41p, p. 15 et 24.

sur le Droit. Les situations de pluralisme juridique observables dans nos trois contextes soulignent particulièrement cette diversité. En considérant que la rencontre des cultures juridiques est l'un des facteurs qui engendre le pluralisme juridique, le Sénégal, le Québec et même la France – pour ce dernier cas, nous verrons en quoi la question se pose moins naturellement, et pourtant... – connaissent des situations de pluralisme juridique. Comment interpréter ces pluralismes juridiques ? Quelles sont leurs natures et leurs manifestations ? La question du pluralisme juridique se pose dans de nombreuses situations, mais derrière des mécanismes similaires, chacune révèle, en fait, de multiples spécificités relatives aux mécanismes de transformation des droits, mais aussi à la façon dont les États considèrent cette réalité. Ce ne sont que des tendances, très relatives, qui ne reflètent pas toutes les combinaisons imaginables par les pratiques juridiques des populations, tant la complexité du réel est grande et ne peut qu'être suggérée.

Il s'agit d'établir comment, dans le cadre d'une société donnée, les individus confrontés à différentes cultures juridiques mettent en œuvre le pluralisme juridique dans leurs pratiques. L'étude de ces pratiques est essentielle car celles-ci ont une incidence sur la transformation des cultures juridiques et, sur les processus de reconnaissance, ou non, des systèmes juridiques mis en place par les États. En d'autres termes, cela pose la question de la légitimité du droit positif, et plus exactement, les modalités de légitimation du Droit quand il est imposé. Comment la production normative, si elle n'est pas légitime ou ressentie comme telle, est-elle débordée par les "pratiques dissidentes" à la production normative unifiée ? Ces pratiques, reflets des représentations relatives au Droit, attestent de l'importance des représentations dans la production et la légitimité du droit. La démonstration permet deux niveaux de lecture : le premier concerne le processus de construction du modèle juridique français puis, les modalités de diffusion et de réception de ce modèle par les populations au Québec et au Sénégal. Cette approche concrète d'un mouvement historique, illustré, le cas échéant, des petits événements historiques qui façonnent la Grande histoire, permet un deuxième niveau de lecture, celui-ci plus théorique, qui tente de retracer et de comprendre l'émergence de la légitimité du droit, interprétée au regard de cultures juridiques différentes et son lien avec la légalité. C'est la relation que la légalité et la légitimité entretiennent, ou que l'on veut bien leur faire entretenir, l'une avec l'autre qui nous intéresse.

L'équivalence établie entre elles, influencée et forgée par le positivisme juridique, en France en particulier, entre Droit et État, facilite la confusion entre légalité et légitimité qui sans être

antinomiques, ne sont pourtant pas assimilables. *"Réfléchir sur la légitimité revient par conséquent à se pencher sur le droit dans une perspective qui n'est pas traditionnellement pratiquée en France. Certes, avec le recul des idéologies de gauche, de plus en plus de travaux sont aujourd'hui consacrés au droit. Malheureusement, ils se contentent trop souvent de reprendre à leur compte l'équivalence entre État et droit, quand ils ne parent pas ce dernier de toutes les vertus, obéissant en cela à un mouvement de balancier dont l'histoire de la pensée est coutumière."*²⁸ Dans ce travail, en partant des pratiques juridiques, on observe que légalité et légitimité ne sont pas indissociables : la première n'implique pas nécessairement la seconde et la seconde est nécessaire à la première afin que les interprétations du droit soient conformes aux aspirations du groupe social. La question de la norme qui se doit d'être "représentative", renvoie à celle de la légitimité du droit ; dans cette perspective, la culture juridique et les représentations du droit seront examinées au regard non seulement de la légalité, mais aussi de la légitimité de la production normative²⁹.

Annonce du plan

La **première partie** pose les fondements de ce que nous considérons comme le modèle de diffusion. Elle permet de définir les outils conceptuels qui nous permettent d'établir comment une culture juridique émerge, se développe et se transforme. Cette première partie met en place les fondations du propos développé dans la seconde partie : le cadre théorique des notions de représentation et de culture juridique et les éléments caractéristiques du modèle français dont nous souhaitons étudier la diffusion et la réception dans et par d'autres sociétés. L'examen des deux outils que nous précisons dans le premier titre, la notion de représentation et celle de culture juridique, permet surtout d'établir la relation qu'entretiennent ces deux notions dans la pratique.

Concernant les représentations, il nous a paru important de préciser le contenu de cette notion, mal aisée à circonscrire en raison de la diversité des approches des auteurs qui utilisent cet outil. Le même état d'esprit a présidé à l'élaboration des développements sur la culture juridique des

²⁸ COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris : PUF, coll. Question, 327p, p. 9.

²⁹ HABERMAS Jürgen, *Droit et morale*, Paris : Seuil, coll. Traces écrites, Tanner lecture 1986, 1997, 92p. Dans le texte de ces conférences, "Comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité ?" et "L'idée d'État de droit", l'auteur considère que seule la procédure permet d'assurer au droit positif sa non-instrumentalisation : *"la légitimité de la légalité vient du fait que les procédures juridiques s'entrecroisent avec une argumentation morale qui obéit à sa propre rationalité de procédure."* p. 30.

juristes. Définir ce que recouvrent les discours juridiques des juristes à propos du droit est l'occasion d'aborder la question du modèle juridique occidental mais aussi d'identifier une classe de juristes, relativement homogène du point de vue de sa culture juridique, mais qui reflète pourtant une certaine pluralité de discours quand il s'agit de définir ce que peut être le Droit. Ainsi, sous certains aspects, cette attitude qui propose de souligner l'existence de différents courants et d'analyser les discours vis-à-vis du droit, peut s'apparenter au début d'une recherche que l'on pourrait définir comme étant une "anthropologie des juristes" en France³⁰. Cette démarche est la première étape pour définir ce que nous entendons par "le modèle juridique français" et discuter certains de ces éléments fondateurs.

La deuxième étape s'applique à montrer comment ce modèle est lui-même le résultat d'un long processus historique. Pour comprendre la construction du Droit, nous détaillerons les éléments qui nous ont paru les plus heuristiques dans le modèle français, celui dont nous analyserons les modalités de diffusion, pour analyser la complexité de la formation d'une culture juridique. Nous verrons comment celle-ci se présente toujours comme le produit d'un consensus entre des conceptions politico-juridiques en opposition. L'exemple français permet une première approche de ce que recouvre la culture juridique. Le droit français n'a pas été aussi unitaire qu'on peut le dire. Et s'il l'est, c'est le résultat d'un long processus historique et idéologique qui a finalement conduit à l'unification et à la codification. Ainsi, la part du pluralisme juridique y a été bien plus grande que ce que peuvent en dire les représentations classiques, la diversité des groupes coutumiers régionaux et l'introduction du droit romain, inégalement intégré dans les pratiques des populations médiévales à partir du 13^e siècle, l'attestent. L'influence du droit romain chez les juristes porte sur certaines constructions juridiques comme la notion de propriété, mais aussi sur l'esprit du droit en général : le droit d'aujourd'hui est le résultat de ces interprétations, parfois déformantes.

L'étude du modèle français souligne la mise en place d'un processus sans cesse renouvelé où ce qui nous intéresse concerne aussi bien les questions de fond relatives au fondement du Droit que celles relevant de la méthodologie pour soulever les problèmes relevant de l'application du Droit. Les caractéristiques propres à ce modèle, que ce soient la rationalité, la construction étatique

³⁰ Les travaux de Bruno Latour sur la modernité occidentale sont une illustration de cette démarche. Il pose un regard d'anthropologue sur les phénomènes ou les institutions de sa propre société, à savoir la société française ; à cet égard, son étude de "terrain", au Palais-Royal, sur le travail quotidien des conseillers d'État est tout à fait significative sur le sens donné au droit par ceux qui l'élaborent. LATOUR Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*. Paris : La découverte/Armillaire, 2002, 319p.

centralisée et l'importance de la propriété, ne sont interprétées qu'au regard de cette seule culture juridique occidentale. Comme toute culture juridique, elle n'est pas universelle, elle est spatialement déterminée : l'objet n'est pas de généraliser ses caractères. Pourtant, les développements sur l'État et la propriété en France permettent de comprendre notre démarche globale et avec quel regard seront lues et interprétées les situations sénégalaise et québécoise. En effet, si le contenu du processus de construction d'une culture juridique ne peut être "plaqué", en revanche, les mécanismes d'élaboration, au travers de ces détours et de ces contradictions, qui ne sont en fait que le reflet d'une réalité complexe, peuvent être observables dans d'autres cultures juridiques³¹. Chaque culture juridique est toujours l'arène de relations de pouvoirs, politiques et sociales, que ce soit en France, au Sénégal ou au Québec. Concrètement, les développements de ce titre poursuivent deux objectifs. Le premier consiste à montrer que le pluralisme juridique a résisté et que l'unification du droit n'est pas allée de soi, même dans un système juridique réputé pour le caractère unitaire de son droit. Cette représentation du droit est le fruit d'un long phénomène d'acculturation, celle-ci ne concerne pas seulement les pays colonisés aux 19^e et 20^e siècles, mais tout pays colonisé juridiquement, comme le fut le royaume de France à la fin du 13^e siècle par le droit romain. Le deuxième objectif est de déterminer l'état d'esprit du droit au moment des découvertes de nouveaux territoires, et donc d'apporter des éléments pour comprendre comment et dans quel contexte le droit a été imposé et appliqué au Sénégal puis, au Québec.

Puisqu'elle a débuté lors du processus colonial français, la rencontre de différentes cultures juridiques au travers des mécanismes de diffusion, de réception et d'invention du Droit à laquelle est consacrée la **deuxième partie**, s'apparente à une confrontation. Celle-ci s'est opérée à partir du 17^e siècle dans le territoire désigné ensuite comme la Nouvelle-France puis le Québec, au nord du continent américain, et dans les royaumes wolofs du Waalo, du Kajor, et du Bawol, dans ce qui sera appelé le Sénégal, sur la côte ouest du continent africain³².

Dans le premier titre de la deuxième partie, notre propos est de présenter comment le colonisateur français a procédé dans ces deux territoires d'une part, pour imposer sa présence sur

³¹ Il peut apparaître comme gênant que l'étude débute sur les développements relatifs au modèle français. L'aspect le plus rebutant de cette présentation pouvait être l'impression d'une coloration évolutionniste ou ethnocentrique. Telle n'est évidemment pas notre intention. Nous avons maintenu ce choix car il découle de la logique même de ce que nous voudrions développer qui implique cette vision diachronique. Sur le rapport à la chronologie dans l'enseignement et la compréhension de l'histoire aujourd'hui, CORBIN Alain (dir.), *1515 et les grandes dates de l'histoire de France revisitées par les grands historiens d'aujourd'hui*, Paris : Seuil, 2004, 480p.

³² Voir carte des royaumes sénégaubiens Annexe XIII.

un territoire déjà habité, d'autre part, pour y instaurer un nouvel ordre juridique. L'invention d'un espace politique nouveau et les politiques d'exclusivité du droit qui en ont découlé sur ces territoires, ne peuvent être appréciées à leur juste mesure si ne sont pas prises en considération les pratiques et les interprétations des différents acteurs en présence. L'objectif de ce titre n'est pas de présenter les seules politiques du colonisateur pour instaurer le système juridique occidental mais de les mettre en perspective avec la diversité des interprétations des acteurs, qu'ils soient les populations ou les administrateurs de la colonie. Il s'agit de montrer les conséquences de la diversité des représentations de l'espace sur la réception du droit importé relatif à l'utilisation de l'espace et d'une manière plus globale, le rapport entre les représentations du droit et la légitimité du droit étatique. Deux paradoxes peuvent être identifiés. Le premier concerne les modalités de diffusion du modèle : celles-ci paraissent analogues dans les deux territoires mais elles adoptent dans les pratiques des acteurs des logiques différentes. Le second paradoxe a trait aux interprétations élaborées par les populations confrontées à de nouvelles valeurs juridiques : alors que les contextes sont différents tant sur les aspects sociaux, économiques ou religieux, les acteurs en situation de pluralisme juridique, habitant les territoires du Sénégal, de Nouvelle-France et du Bas-Canada, adoptent des comportements juridiques similaires dans le sens où s'opèrent des processus de métissage et d'imbrication des différents Droits en présence.

Le dernier titre permet d'établir à partir des représentations, des discours et des pratiques, comment émerge, dans l'époque contemporaine, la coexistence de deux légitimités juridiques. Notre intérêt se porte sur le processus de légitimation du système juridique imposé et sur l'appropriation de mécanismes juridiques exogènes. A cette réalité, s'ajoute un deuxième phénomène qui rend bien compte de la complexité du juridique en ce début du XXI^e siècle contemporain lié à l'utilisation des territoires : la légitimité originaire des systèmes juridiques des territoires découverts puis conquis, a été occultée mais n'a jamais été éteinte ; elle se maintient dans les pratiques et dans les revendications des populations. Le contexte de pluralisme juridique donne aux intervenants la possibilité de recourir aux différents systèmes juridiques et de "jongler" avec plusieurs propositions de résolutions des conflits ou situations de la réalité sociale que cela se traduise en terme d'hybridation ou d'instrumentalisation des techniques juridiques. Les "outils juridiques" de ce "dialogue juridique" peuvent tantôt relever du système traditionnel qui conserve sa pertinence dans certains cas, tantôt relever du corpus juridique de l'État qui se présente, à "l'occidentale", sous la forme de normes écrites, pour la plupart d'entre elles. Les deux systèmes coexistent, la question n'est pas de déterminer quel système "l'emporte" sur l'autre

puisque les deux interprétations gardent une influence sur les comportements juridiques des acteurs. Le processus de légitimation du droit qui passe par sa reconnaissance par les populations et l'intégration de certaines normes et mécanismes, se joue au niveau des représentations. Les notions de représentation du droit et celle de culture juridique ancrent le phénomène juridique dans une histoire dynamique où le droit qui se construit forme un système de représentations où s'opèrent une accumulation et une sédimentation des pratiques et des représentations relatives au Droit.

Retour au nomos : lien entre droit et territoire

Actuellement, les discours relatifs aux relations entre droit et territoire vont dans le sens d'une dissociation entre les deux : cependant, les discours sur la déterritorialisation et la globalisation du droit, en particulier dans les domaines économiques, ne peuvent être généralisés à l'ensemble du phénomène juridique. Le droit, et surtout les populations qui l'appliquent, sont inscrits dans un espace socialisé, empreint de culture et d'histoire, un territoire. Pour cette raison, détacher complètement le droit de l'espace sur lequel il est appliqué, ne correspond pas tout à fait aux dynamiques actuelles du Droit. La déterritorialisation observable et que nous ne pouvons pas occulter dans certains champs du phénomène juridique, s'accompagne simultanément du maintien d'un rapport localisé au droit. Une des conséquences du lien encore très puissant entre droit et territoire s'observe dans l'émergence de cette double légitimité juridique, cœur de notre travail. La concurrence de deux légitimités juridiques, dans une situation de pluralisme juridique, réaffirme le rôle du territoire.

Partie 1

Représentations du modèle juridique occidental

Cette première partie a pour objectif de préciser ce que nous entendons par représentations et de proposer des pistes de réflexion sur le modèle juridique occidental que nous envisagerons dans la deuxième partie dans deux contextes, le Sénégal et le Québec où il a été exporté. En guise de préliminaire de cette première partie, pour éclairer nos intentions relatives à la notion de représentations et de culture juridique, arrêtons-nous sur l'expression Common Law, en particulier sur son genre. En France, il est d'usage de dire "la" Common Law où il serait implicitement fait référence à la loi. Ce n'est pas si évident. On trouve également l'expression au masculin ; il nous semble que les justifications apportées par les auteurs sont éclairantes quand il s'agit d'étudier une culture juridique. Pour Pierre Legrand, "Common Law" est du genre masculin parce que *"c'est toujours d'un droit dont il est primordialement question et jamais principalement d'une loi. (...) Parce qu'il contribue à produire un effet de sens selon lequel 'common law = droit', le recours au genre masculin véhicule, en effet, une conception du référent 'c'est-à-dire du 'réel' que désignent les mots' qui marque les différents 'mondes possibles' du droit : la tradition de Common law n'est pas, elle, un univers de loi."*¹ D'autres auteurs utilisent l'expression au masculin, mais ne s'expliquent pas sur leur intention. Ainsi, quand Pierre Legendre se penche sur les fondements de ce qu'il appelle *"le fondamentalisme de la Raison écrite"*, il évoque les *"catégories du common law"*² tandis que Patrick Glenn utilise également le masculin dans toutes les occurrences de l'expression dans son article relatif au *trust*³. Cette remarque n'est pas seulement d'ordre grammatical car elle donne une indication sur le contenu et la nature du Common Law et reflète que le droit n'est pas la loi, du moins pas seulement.

Cette illustration met en évidence ce que peuvent recouvrir les représentations relatives au droit. Tout au long de notre étude, la démarche que nous utiliserons pour les étudier, outre les éléments

¹ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p, p. 48. Pour nous, la proposition de Pierre Legrand nous paraît intéressante car elle reflète mieux le sens et la philosophie du Common Law. Pourtant, dans la suite de notre texte, l'occurrence au féminin apparaîtra dans les textes des auteurs utilisant la formule "la Common Law", ce qui, il faut l'admettre, est le cas le plus courant.

² LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris : Fayard, 1988, 436p, p. 297.

³ GLENN Patrick Hugo, "Le trust et le jus commune", LEGRAND Pierre, *Common law d'un siècle l'autre*, Montréal : Yvon Blais, 1992, 528p, p. 87-114.

théoriques dont nous ferons état, sera accompagnée d'exemples pratiques tels des "touches impressionnistes". On constatera que les interprétations sont multiples, parfois contradictoires et pourtant coexistantes, notre souci étant de faire état de cette complexité.

Notre intention de présenter la complexité des phénomènes liés à la notion de culture et de culture juridique en particulier, conduit incessamment à expliquer et justifier chaque proposition, de crainte d'être mal compris et interprété, ceci en raison des nombreux préjugés existant sur la question. De plus, la seule intention d'être au plus proche de ce qui paraît être la réalité du phénomène peut faire apparaître des propos contradictoires, étant donné justement le caractère extrêmement complexe des mécanismes sociaux. Dans le titre premier, nous attachons une grande importance au lien qu'entretiennent les représentations du droit et la culture juridique au travers des conceptions du droit des juristes et des non-juristes.

Dans le titre deux, l'étude des institutions supposées être révélatrices de la rationalité juridique occidentale – l'État, l'unification du droit et les structures de la propriété – fera apparaître les éléments de droit symptomatiques de la complexité de toute culture juridique. Notre objectif est de rendre compte de différentes propositions qui nous semblent refléter la réalité de notre objet d'étude, étant donné que "[les] sociétés ne sont jamais ce qu'elles paraissent, ni ce qu'elles disent être."⁴ Par exemple, il est fréquent de réserver la qualité "rationalité" aux seuls droits d'inspiration civiliste, nous suggérerons que ce n'est pas si clair. Si pour les juristes civilistes, il est difficile de voir l'expression de la rationalité ailleurs que dans les types de raisonnement juridique auxquels ils sont habitués, cette attitude tient au fait que pour eux le Common Law ne peut-être l'expression d'un droit rationnel car il manquerait la systématisation théorique. Cependant, dans les rouages juridiques du modèle de droit civiliste, existent également des "étrangetés" que nous ne voyons plus : ainsi, s'agissant de la relation présentée comme très étroite entre État et droit, "[on] n'aborde pas sans vertige l'immense production écrite qui nous a légué ce binôme, figure achevée du pouvoir chez les modernes et dont n'apparaît plus la note d'étrangeté."⁵ En définitive, c'est de cette "note d'étrangeté" existant dans le modèle juridique français dont il s'agit dans cette première partie.

⁴ BALANDIER Georges, préface de DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, Paris : La Découverte/MAUSS, coll. Recherches, série Bibliothèque du MAUSS, 1999, (1^e éd. 1986), 180p, p. 19.

⁵ LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu*, op. cit. note 2, p. 51.

Titre 1 : Lien entre représentations du droit et culture juridique

Pour étudier les cadres d'élaboration des représentations relatives au droit et d'une culture juridique, notre travail s'attache, d'une part, aux pratiques des populations, et d'autre part, aux conceptions du Droit chez les juristes. Gordon Woodman se préoccupe des logiques propres et des "*caractéristiques fondamentales des cultures juridiques*" pour expliquer pourquoi un groupe social a choisi telle ou telle norme. A la suite des travaux de Masaji Chiba, il considère que pour identifier une méthode de raisonnement juridique qui exprime une manifestation de la culture juridique, il est nécessaire de combiner "*attitudes populaires et attitudes des professionnels*."⁶ Dans cette perspective, il est nécessaire d'établir et de préciser le lien entre pratiques et représentations. La notion de représentation sociale, empruntée aux sciences humaines, nous paraît heuristique pour comprendre le rapport au droit des populations non-juristes. Les représentations relatives au droit sont essentielles dans notre démarche car elles permettent d'atteindre les logiques des acteurs et tenter de les interpréter, conformément au contexte social et culturel dans lequel les pratiques juridiques se développent.

Même si les relations entre représentations du droit et culture juridique sont étroites, en raison des imbrications et des rapports d'influence mutuels les unes avec l'autre, une distinction s'est avérée rapidement inévitable entre perceptions du droit par les juristes et perceptions du droit par les populations non-juristes : les méthodes "d'investigation" des deux corpus de données et les résultats obtenus étaient très différents. Trop différents pour être nommés par le même terme. C'est pourquoi, tout au long de l'étude, nous nommons "culture juridique" ce qui renvoie aux conceptions des juristes, et "représentations du droit" les éléments qui concernent les conceptions du droit du deuxième groupe, celui des non-professionnels du droit. Notons que si, pour débiter, nous distinguons deux grands groupes, il est vraisemblable qu'apparaissent des sous-groupes. Les juristes forment un sous-groupe qui appartient à l'ensemble de la population : dans certains cas, il est soumis pareillement aux influences de la culture commune. De la même façon, parmi les non-juristes, se distinguent différents groupes socio-économiques qui entretiennent des relations et donc des représentations au droit diversifiées.

⁶ CAPELLER Wanda, KITANAMURA Takanori (préf. Gordon WOODMAN.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales autour de Masaji Chiba*, Bruxelles : Bruylant, 1998, 288p, p. 140.

La notion de culture juridique est étroitement liée à celle de représentation, tout l'enjeu de ce premier titre est de montrer de quelles manières et dans quel cadre se construisent les rapports au droit parmi les populations, influencés par les discours et les pratiques des juristes. Dans le premier chapitre, nous préciserons le rôle et le fonctionnement des représentations ; individuelles et collectives, elles contribuent à comprendre les pratiques juridiques des acteurs qui laissent transparaître le lien entre représentations et culture juridique. Dans le deuxième chapitre, il s'agit de déterminer les fondements de la culture juridique en France en s'intéressant aux représentations du droit par les professionnels du droit eux-mêmes. Cette culture juridique où le droit apparaît comme un système de représentations complexe, est le fruit d'un long processus où les discours à propos du droit sont diversifiés selon les rapports entretenus avec le pouvoir, politique ou religieux. C'est l'enchevêtrement de ces discours et les pratiques correspondantes qui permettent de cerner ce que recouvre la notion de culture juridique et ses caractéristiques en France.

Chapitre 1 : Contours de la notion de représentation du droit

Le terme "représentation" a plusieurs acceptions. Il peut relever notamment du vocabulaire artistique (une représentation théâtrale), juridique (représentant légal en cas de tutelle) ou politique (représentation parlementaire). Dans le dictionnaire de Paul Robert, la signification qui nous intéresse ici ne relève non pas du registre du politique ou du juridique mais du vocabulaire de la psychologie et définit la représentation comme étant "*le processus par lequel une image est présentée aux sens.*" Depuis le début du 20^e siècle, les auteurs n'ont pas toujours perçu de la même façon les représentations. Aujourd'hui, le débat sur la notion est à peu près stabilisé, bien que cette dernière soit multiforme en raison du caractère dynamique des représentations. Ce caractère participe particulièrement à leur richesse et aux difficultés pour les étudier.

Ce chapitre va permettre de présenter ce que nous entendons par "représentation". Une observation nous fait préciser que la définition concerne à la fois la notion de représentation, c'est-à-dire le concept en tant que tel, mais aussi les manifestations de la notion, en d'autres termes les représentations elles-mêmes. "*Car c'est là que nous semble résider la principale difficulté de définition de ce vocable : il est tour à tour assimilé à une activité ou à son résultat.*"⁷ Deux niveaux de définition se détachent, où le concept "représentation" serait l'enveloppe, et ses manifestations le contenu.

La notion de représentation, au-delà des aspects théoriques relatifs à la méthodologie, n'a que peu d'intérêt si elle n'est pas associée immédiatement à ses manifestations concrètes dont nous ferons état autant que possible. Les illustrations apportées auront pour objet les représentations relatives à l'espace wolof, en particulier à Saint-Louis, premier comptoir français au Sénégal⁸. Le cœur de ce chapitre se préoccupe des modalités de fonctionnement des représentations – leur transmission, les méthodes des chercheurs pour y accéder – et leur lien avec la notion de culture (section 2). Avant cela, il nous a paru nécessaire de rappeler les principaux débats qui, tout au long du 20^e siècle, ont concouru, sinon à définir, du moins à limiter les contours de la notion de représentations (section 1).

⁷ QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *Imaginaires juridiques africains. Représentations et stratégies juridiques de migrants d'Afrique noire en France et au Québec*, Paris : L'Harmattan, 1995, 327p, p. 49.

⁸ Ce choix a été déterminé parce qu'il constitue le thème de nos premières recherches effectuées à Saint-Louis au Sénégal et qu'il est l'une de nos approches pour examiner la notion de culture juridique.

Section 1 : Évolution de la notion de représentation

Pour définir les représentations sociales aujourd'hui, il nous semble intéressant de rappeler les évolutions qu'a pu susciter la notion en soulignant les apports principaux de certains auteurs. On constate que lui donner une définition ferme et définitive, acceptée par tous, reste une difficulté qui résulte des relations qu'elle peut avoir avec d'autres notions, telle que celle de "*culture*". Les auteurs commencent à s'intéresser à ce que l'on appelle les représentations sociales, au début du 20^e siècle. Leur préoccupation est de comprendre les maux des sociétés industrielles du monde occidental mais aussi la "*mentalité*" des sociétés plus éloignées. Nous rendrons brièvement compte de l'origine de l'intérêt pour les représentations au début du 20^e siècle (§ 1). Dans les premiers temps, le terme usité est "*mentalité*" et le discours a revêtu des connotations racistes, en présentant les représentations sociales comme une réalité statique. Nous verrons que c'est un aspect qui sera ensuite discuté par les auteurs à partir des années 1960 (§ 2).

§ 1 : Origine et définition de la notion

Max Weber, sans proposer une définition au sens strict du terme, "*fait des représentations un cadre de référence et un vecteur de l'action des individus : "[Les] situations collectives qui font partie de la pensée quotidienne ou de la pensée juridique (ou d'une autre pensée spécialisée) sont des représentations de quelque chose qui, (...) flotte dans la tête des hommes réels d'après quoi ils orientent leur activité (...)."*"⁹ Même si Max Weber avait ressenti "*l'importance causale considérable, souvent même dominante, pour la nature du déroulement de l'activité des hommes réels*", c'est Émile Durkheim qui est présenté comme "*le véritable inventeur du concept, dans la mesure où il en fixe les contours et lui reconnaît le droit d'expliquer les phénomènes les plus variés dans la société.*"¹⁰ Il a apporté principalement deux éléments. D'abord, en 1912, il distingue les représentations collectives des représentations individuelles en reconnaissant que ces dernières sont orientées, nourries par les premières qui "*correspondent à la manière dont cet être spécial qu'est la société pense les choses de son expérience propre.*"¹¹ La soumission des représentations individuelles aux représentations collectives est aujourd'hui nuancée par les

⁹ MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives aux représentations sociales : éléments pour une histoire", JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, Paris : PUF, 1997 (5^e éd.), 447p, p. 79-103, p. 80.

¹⁰ MOSCOVICI Serge, *ibidem*, p. 81.

¹¹ DURKHEIM Émile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris : PUF, 1968 (1^e éd. 1912), p. 621, cité par MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives aux représentations sociales...", art. cit. note 9, p. 80.

auteurs qui s'interrogent sur le rôle de l'individu dans l'acquisition des représentations. Ensuite, en les définissant "*de façon analogue aux catégories purement logiques et invariantes de l'esprit*"¹², il attribue aux représentations collectives un caractère stable car "*seuls des événements d'une suffisante gravité réussissent à affecter l'assiette mentale de la société.*"¹³ Ce caractère de stabilité est lui aussi l'un des plus discuté par les auteurs aujourd'hui. Les éléments de réflexion sur les mentalités par Durkheim ont été un point de départ à la définition des représentations (A), mais elle est apparue insatisfaisante à la plupart des auteurs, en raison du caractère exclusivement statique qu'il leur attribue et en occultant l'importance de la visée pratique des représentations sociales (B).

A : De mentalité à représentation

Max Weber et Émile Durkheim ont mis l'accent sur la rationalité du lien entre individu et société. Le principal apport d'Émile Durkheim a été de chercher à expliquer les événements sociaux par les représentations parce qu'"il met l'accent sur l'origine sociale des catégories, des *"représentations"*. L'affirmation est sans ambiguïté : *"Les classifications, les opérations logiques, les métaphores privilégiées sont données à l'individu par la société."*¹⁴ L'intérêt de cet apport ne nous empêche pas de trouver trop rigide et dépassé le fait "*de considérer les faits sociaux comme des choses.*"¹⁵ Avant d'examiner en quoi Lucien Lévy-Bruhl a innové, rappelons que les premiers auteurs qui se sont penchés sur la notion de représentation l'ont fait dans la perspective d'étudier les sociétés qualifiées alors de "primitives" (1) ; aujourd'hui, la démarche n'est plus celle-là et s'attache à comprendre le fonctionnement de toutes les sociétés (2).

1) Les représentations des sociétés lointaines

Évoquer Lucien Lévy-Bruhl demande de la prudence. Rappelons, en effet, qu'il a soutenu certaines idées très contestables qui, reconnaissant une "*mentalité primitive*" ou prélogique, remettent en cause l'idée d'une nature humaine universelle. A la fin de sa vie, il est revenu sur ces conceptions et les a rejetées. Nous devons cependant souligner en quoi il a permis de préciser la notion. En 1910, Lucien Lévy-Bruhl propose de "*renoncer à ramener d'avance les opérations*

¹² DOISE Willem et PALMONARI Augusto (dir.), *L'étude des représentations sociales*, Neuchâtel : Delachaux et Niestlé, 1986, 207p, p. 14.

¹³ DURKHEIM Émile, *Les formes élémentaires...*, op. cit. note 11, p. 609, cité par MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives aux représentations sociales...", art. cit. note 9, p. 82.

¹⁴ BALANDIER Georges, préface de DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, op. cit. note 4, p. 16.

¹⁵ DURKHEIM Émile, *Règles de la méthode sociologique*, Paris : PUF, 1997 (1^e éd. 1894), p. IX-XII, cité par SOLER Léna, Introduction à l'épistémologie, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 200.

mentales à un type unique, quelles que soient les sociétés considérées, et à expliquer toutes les représentations collectives par un mécanisme psychologique et logique toujours le même."¹⁶

Cette proposition fait référence, selon Serge Moscovici, aux comportements de l'époque à l'égard des sociétés éloignées : *"les sociologues et les anthropologues découvraient dans les mythes et les savoir-faire de ces sociétés un "tissu d'absurdités et de superstition". Omettant de regarder autour d'eux, et les comparant à l'Occident, ils tendaient à expliquer ces aberrations par les limitations des individus, incapables de raisonner comme nous, et par faute d'association mentale dont l'origine serait psychologique. Or, si l'on rattache croyances, mythes, formes symboliques en général à la société elle-même, tout change. "Absurdité" et "erreur" ne sont plus dues à la logique fautive des individus mais à la représentation collective elle-même dont il s'agit de comprendre la signification.*"¹⁷

De ses résultats, Lucien Lévy-Bruhl met en évidence deux modes de pensée, spécifiques à deux types de société, les primitives et les civilisées ; c'est ce classement contestable qui lui sera reproché et qu'il réfutera. Cependant, certains éléments restent éclairants pour notre propos notamment quand il évoque ce qu'il appelle la "loi de la participation". Il y explique que dans les sociétés qu'il appelle primitives *"les objets, les êtres, les phénomènes (...) émettent et reçoivent des forces, des vertus, des qualités, des actions mystiques, qui se font sentir hors d'eux, sans cesser d'être où elles sont. (...) L'opposition entre l'un et le plusieurs, le même et l'autre, etc, n'impose pas la nécessité d'affirmer l'un des termes si l'on nie l'autre."*¹⁸ Ce qui peut paraître, conclut-il, *"incompréhensible pour nous"* [les Occidentaux] parce qu'incompatible avec *"notre logique"* s'inscrit dans un système de représentations cohérent propre. Il parle *"d'incompréhension"*. Nous verrons, quand il s'agira d'examiner les "outils" d'analyse des représentations sociales (mythes, langues, religions...), que cet "incompréhensible" que l'on peut retrouver dans les croyances occultes n'est l'apanage d'aucune société, d'aucun continent ; l'ésotérisme est universel.

2) La notion de représentation appliquée aux sociétés occidentales

Même si les contributions sur la question, de Freud à de Piaget, concernant notamment les malades et les enfants, sont à mentionner, la notion de représentation a connu dans la première

¹⁶ LÉVY-BRUHL Lucien, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris : PUF, 1951 (1^{er} éd. 1910), p. 20, cité par MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives...", art. cit. note 9, p. 84.

¹⁷ MOSCOVICI Serge, *ibidem*, p. 84.

¹⁸ LÉVY-BRUHL Lucien, *Les fonctions mentales...*, op. cit. note 16, p. 77, cité par MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives...", art. cit. note 9, p. 85.

moitié du 20^e siècle un certain recul. Serge Moscovici, pour qui *"cette disparition présente une énigme"*, précise que *"la notion serait même tombée en désuétude sans une école d'historiens (celle des Annales) qui en a conservé les traces"*¹⁹ et considère l'étude des représentations sociales comme *"une anthropologie de la culture moderne"*. Les représentations qui étaient utilisées surtout pour étudier les sociétés éloignées, sont en effet réutilisées dans les années 1960, pour étudier les sociétés occidentales. Les questionnements ne se limitent plus à des cas particuliers tels que l'enfance ou la maladie, mais concernent tous les aspects sociaux, et l'intérêt pour les représentations s'accroît avec le phénomène d'*"anthropologisation" de la sociologie*²⁰. En partant de la vision classique, les auteurs des sciences humaines en général, de la psychologie sociale en particulier, ont apporté des modifications parfois radicales qui rompent avec le caractère statique attribué aux représentations. Ce nouvel intérêt pour la notion de représentation, appliquée aux sociétés occidentales pourrait s'expliquer par ce que Georges Balandier appelle le "détour" : *"Comme je l'ai montré voici bien des années, le détour par les sociétés anthropologisées fait voir autrement et d'ailleurs notre propre société, nos problèmes et nos crises ; il équipe d'instruments nouveaux le travail d'interprétation."*²¹ Si les représentations ont retrouvé leur qualité d'objet d'étude, la question de leur(s) définition(s) reste ouverte. *"Ce qui manquait le plus à la notion de mentalité, c'était de ne pas laisser paraître son lien avec le champ des pratiques sociales. La substitution du terme "représentation" à celui de mentalité, en dépit des équivoques nouvelles que le mot suscite, frayait la voie à une investigation portant sur la coordination de cette sphère de phénomènes accessibles à la description et à l'explication historiographique avec le reste du champ historique."*²²

B : Éléments pour une définition

Aucune définition ne fait l'unanimité chez les auteurs, de disciplines différentes. Les nuances terminologiques apportées s'éloignent du véritable objet et intérêt des représentations mais s'expliquent par l'histoire de la notion. Serge Moscovici qualifie les représentations de *"sociales"* et non plus de *"collectives"* pour *"tenir compte d'une certaine diversité d'origine, tant parmi les individus que dans les groupes, et (...) déplacer l'accent sur la communication de sorte que quelque chose d'individuel peut devenir social, ou vice-versa. En reconnaissant que les représentations sont à la fois générées et acquises, on leur enlève ce côté préétabli, statique,*

¹⁹ MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives...", art. cit. note 9, p. 79.

²⁰ BALANDIER Georges, préface de DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, op. cit. note 4, p. 15. L'auteur fait allusion à la parution d'études sociologiques sur des phénomènes propres aux sociétés occidentales.

²¹ BALANDIER Georges, *ibidem*, p. 15.

²² RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance, trois études*, Paris : Stock, coll. Les essais, 2004, 386p, p. 201.

qu'elles avaient dans la vision classique."²³ Il souligne ici un des aspects les plus marquants, le caractère dynamique reconnu aux représentations, qui "*compte davantage que son caractère collectif.*" Ces hésitations définitionnelles s'expliquent par la situation carrefour de la notion, utilisée par différentes disciplines (1), pour nous, au-delà de cet aspect méthodologique, les représentations nous semblent utiles car elles sont en lien direct avec les pratiques (2).

1) La notion de représentation à la croisée de différentes sciences

Isabelle Quinquerrez-Finkel remarque, lorsqu'elle étudie la notion de représentation, que les différents auteurs qui s'y intéressent, ressortissant des diverses disciplines "*humanistes*", "*n'utilisent pas les représentations de la même manière. Pour l'un c'est un objet d'étude, pour l'autre un outil de travail.*"²⁴ Cette différence d'attitude quant à l'usage qui en est fait par les chercheurs, s'accompagne de définitions souvent très variables concernant la permanence ou la nature transitoire des représentations. Cependant l'objectif pratique des représentations, qui ne sont là que pour être "*transformées*" en comportements, se retrouve dans la plupart des définitions. Pour notre propos, les comportements peuvent se traduire par des pratiques, mais également par l'émergence de normes juridiques qui peuvent être interprétées comme une forme de comportement, reflet des représentations.

Les auteurs, les uns après les autres, s'évertuent à rappeler les difficultés que pose sa définition. Que ce soit Serge Moscovici qui précise que "*si la réalité des représentations sociales est facile à saisir, le concept ne l'est pas*"²⁵ ou Willem Doise qui affirme "*qu'il serait difficile de dégager une définition commune à tous les auteurs qui utilisent la notion.*"²⁶ Plusieurs raisons peuvent être évoquées : la notion est au carrefour de plusieurs sciences qui la définissent selon leurs propres concepts et finalités. De cette intersection de définitions résulte, à moins que cela en soit la cause, une grande polysémie. Selon les auteurs et les disciplines, la notion désigne un grand nombre de phénomènes et de processus. Ce caractère flou pourrait conduire à conclure que la notion n'est pas définie et qu'elle n'est pas utilisable. Certes, la notion de représentation n'est pas aisée à manipuler, mais il est aussi possible d'envisager que cette situation découle de la richesse et de la nature même du concept.

²³ MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives ...", art. cit. note 9, p. 99.

²⁴ QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *Imaginaires juridiques africains*, op. cit. note 7, p. 50.

²⁵ MOSCOVICI Serge, "Les représentations sociales : définition d'un concept", DOISE Willem et PALMONARI Augusto (dir.), *L'étude des représentations*, op. cit. note 12, p. 81.

²⁶ DOISE Willem et PALMONARI Augusto (dir.), *L'étude des représentations*, op. cit. note 12, p. 81.

2) Les représentations : un savoir à visée pratique

Les représentations ont trait à la connaissance des pratiques sociales à deux égards. A un premier niveau, les représentations sont utilisées par les acteurs sociaux pour orienter et adapter leurs actions dans la société ; à un deuxième niveau, la notion de représentation est un outil de compréhension des mécanismes sociaux pour les chercheurs. Pour Willem Doise, les représentations permettent de "*satisfaire une curiosité s'adressant autant à ce que les gens pensent qu'à comment et pourquoi ils le pensent,*" ceci en "*essayant de saisir le sens profond des discours et des comportements et en déchiffrant les intentions.*"²⁷ Nous retenons de sa définition le fait qu'elle aboutit à l'étude et à la compréhension des comportements. Sortis des querelles d'écoles, la plupart des auteurs s'accordent sur la forme dynamique des représentations qui peuvent se transformer avec une relative facilité, et également sur leur finalité : elles sont destinées à orienter les actions des individus. La relation représentation/action est à double sens dans la mesure où représentations et actions se nourrissent mutuellement. Denise Jodelet, dans l'ouvrage qu'elle a dirigé, souligne cet aspect dans sa définition qui a largement inspiré notre démarche. Pour elle, les représentations sociales sont "*une forme de connaissance socialement élaborée et partagée, ayant une visée pratique et concourant à la construction d'une réalité commune à un ensemble social.*"²⁸ Les représentations ne trouvent leur intérêt dans la vie quotidienne que parce qu'elles sont porteuses d'action. On ne réfléchit pas à la représentation qu'on a pour tel ou tel objet, on la met aussitôt en œuvre. L'action des acteurs sociaux a un double rôle dans l'élaboration des représentations : elle est l'objectif mais également ce sur quoi elles se créent. Les représentations s'inspirent de la pratique et la pratique est imprégnée des représentations. C'est pourquoi celui qui cherche à connaître et à comprendre les comportements des différents acteurs se doit de se pencher sur les représentations qu'il pourra découvrir dans la pratique... Ce processus en cercle souligne le fait que les représentations ne sont pas un but en soi, ni pour ceux qui représentent, ni pour ceux qui s'y intéressent ; elles sont nécessaires pour passer à l'acte pour les premiers et sont essentiellement un outil vers la compréhension pour les seconds. Ainsi, étudier les représentations nécessite d'étudier les pratiques, et vice-versa. Le fait que les représentations provoquent et se nourrissent de l'action justifie l'attention accordée à l'étude des représentations et explique que la pratique soit au centre de l'intérêt de l'observateur. Les pratiques individuelles sont un vecteur essentiel de lecture des représentations collectives. Ce rôle d'interface et de médiation de ces dernières expliquent le rôle actif qu'elles ont dans la

²⁷ DOISE Willem et PALMONARI Augusto (dir.), *ibidem*, p. 8.

²⁸ JODELET Denise, "Représentations sociales : un domaine en expansion", JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, op. cit. note 9, p. 36.

formation des identités et dans la construction du lien social. La fonction symbolique des représentations est essentielle dans l'instauration de la légitimité du droit et de son acceptation par les populations qui y sont assujetties ; cependant cet assujettissement ne peut se faire sans un minimum de consentement au droit applicable, mécanisme de socialisation qui constitue l'une des fonctions des représentations sociales relatives au phénomène juridique.

§ 2 : Rôles des représentations

La visée pratique et la fonction symbolique des représentations sociales leur donnent une fonction de légitimation des modalités de fonctionnement de la société. Parmi celles-ci, le droit tient une place importante dans le maintien du lien social parce qu'est en jeu le consentement au droit et dans le prolongement le consentement d'un projet de société. Selon nous, les représentations sociales ont un lien étroit avec les questions de légitimité du droit. *"Pour que soit défendable l'idée selon laquelle la légitimité est la conformité à la loi, la légalité doit correspondre aux intérêts de la société. C'est à cette condition que la conformité à la loi est critère de légitimité et suscite l'adhésion ou le consentement des membres de la communauté. Le pouvoir juste est indissociable de la loi légitime."*²⁹ Le consentement au droit est une des manifestations de sa légitimité, mais reflète-t-il un consensus ? Est-il un consentement libre ? En effet, s'il n'existe pas de réelle liberté de s'opposer, la qualité du consentement en est nécessairement atténuée. Jean-Marc Coicaud signale que ce consentement peut parfois être assimilé à de la prudence, à la protection de ses intérêts ou encore à une soumission inconsciente, consécutive à l'aliénation culturelle dont les représentations sociales seraient les vecteurs (A). Ce constat qui aboutit à une conclusion pessimiste sur la liberté individuelle et sur la possibilité de choix véritable, est une des données pour comprendre les fonctions des représentations mais nous semble plus complexe dans la mesure où le caractère mobile et parfois innovant, au sens de reconstruction du réel, par les individus, permet d'envisager l'ambivalence des représentations dans les rapports au droit (B).

A : Représentations et légitimité

Le lien entre la notion d'*habitus* de Pierre Bourdieu et les représentations nous permet d'établir, pour éclairer la suite de cette étude, un lien entre représentations et légitimité du droit étant

²⁹ COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris : PUF, coll. Questions, 327p, p. 32-33.

donné que les premières ont une influence sur l'instauration de la légitimité et l'application du droit. Deux conditions sont requises à la légitimité du droit : les lois doivent être proches des valeurs constitutives de l'identité de la société et elles doivent être crédibles pour la réalisation de ces valeurs. Or, une des questions que pose *l'habitus* et que nous appliquons aux fonctions des représentations sociales concerne la marge de manœuvre de l'individu face à ces dernières (1). Envisager l'emprise de *l'habitus* sur le libre arbitre individuel ouvre la voie à des questionnements sur les conditions du consentement au droit (2).

1) Représentations et *habitus* : consensus et conflit

Pierre Bourdieu définit *l'habitus* comme des "*systèmes de dispositions durables et transposables, structures structurantes prédisposées à fonctionner comme des structures structurantes, c'est-à-dire en tant que principes générateurs et organisateurs des pratiques et de représentations qui peuvent être objectivement adaptées à leur but sans supposer la visée consciente de fins et la maîtrise expresse des opérations nécessaires pour les atteindre.*"³⁰ Cette définition de *l'habitus* nous intéresse en ce qu'elle guide notre réflexion et permet de cerner une approche des représentations qui met en lumière leur liaison étroite avec les pratiques. L'auteur utilise l'idée de représentation, ce qui pose la question de la relation qu'il instaure entre les deux notions. Il semble que pour lui, *l'habitus* soit davantage en prise avec les pratiques que peuvent l'être les représentations. Dans ce cas, à ce niveau de l'étude, pour nous qui donnons un rôle important à la pratique dans la définition des représentations, quelle distinction établir entre *habitus* tel que Pierre Bourdieu le présente et les représentations ? Le commentaire d'Étienne Le Roy, à propos de *l'habitus* de Pierre Bourdieu, permet de confirmer le lien entre représentation et *habitus*, en intégrant un troisième phénomène juridique : la coutume. "*L'idée générale est celle d'un façonnement de l'individu déterminant son comportement général sous un impact culturel et avec l'idée d'usages particuliers à des groupes sociaux. Ces "manières d'être" ou attitudes en société ne sont pas les "manières de faire" de la coutume mais elles en sont le soubassement.*"³¹

D'autres commentaires de Pierre Bourdieu plus tardifs sur la notion renforcent l'idée que les deux notions sont très proches. "*Des notions que j'ai élaborées peu à peu, comme la notion d'habitus, sont nées de la volonté de rappeler qu'à côté de la norme expresse et explicite ou du calcul rationnel, il y a d'autres principes générateurs des pratiques. (...) L'habitus, comme système de*

³⁰ BOURDIEU Pierre, *Le sens pratique*, Paris : Minuit, 1980, 475p, p. 88 (chapitre 3 "Structure, habitus, et pratique").

³¹ LE ROY Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société, série anthropologique, n° 28, 1999, 415p, p. 199.

disposition à la pratique, est un fondement objectif de conduites régulières, donc de la régularité des conduites, et, si l'on peut prévoir les pratiques (ici, la sanction à une certaine transgression), c'est que l'habitus fait que les agents qui en sont dotés se comporteront d'une certaine manière dans certaines circonstances."³²

Peut-on distinguer les deux notions ? Et si distinction il y a, par quels mécanismes s'opère-t-elle ? La complexité des relations entre les notions s'accroît quand on constate que Denys Cuche assimile, lui, *l'habitus* développé par Pierre Bourdieu à la notion de culture. "*Quand Bourdieu entend traiter de la culture au sens anthropologique, il recourt à un autre concept, celui d'"habitus". Il n'en est pas à proprement parler l'inventeur (voir Hérán (1987)), mais il est celui qui en a fait l'usage le plus systématique.*"³³ Ne s'agit-il pas seulement d'une question de vocabulaire, de langage affectionné par les auteurs qui construiraient leur démarche avec une terminologie spécifique à leur discipline, mais recouvrant des notions très proches ? Cette hypothèse tend à être confirmée dans la mesure où les caractéristiques et les modes de fonctionnement retenus par les auteurs pour définir les représentations vont dans le même sens que ceux attribués à *l'habitus*, tels que le lien avec la pratique et la place essentielle tenue par l'éducation et la socialisation dans la transmission des représentations.

En définitive, Pierre Bourdieu écarte la notion de représentation parce que celle-ci relèverait des "*naïvetés des philosophies sociales du consensus*" tandis que Serge Moscovici, en revanche, ne considère pas le caractère consensuel comme caractéristique des représentations : il explique que "*si [leur] propagation peut résulter d'une pression vers l'uniformité, il n'y a pas d'exigence d'uniformité*"³⁴ car les représentations renverraient à un "*ensemble d'idées et de valeurs d'un groupe ou d'une société.*"³⁵ Ainsi une certaine homogénéité ressortirait mais celle-ci peut également être nuancée par la transformation des représentations. Si contrainte il y a, extérieure et imposée par celui même qui "représente", elle serait nuancée par la souplesse de transformation. Pierre Bourdieu l'admet lui-même quand il reconnaît que ce qu'il appelle "*habitus*" peut être objectivement "*réglé*" et "*régulier*" sans être en rien le produit de l'obéissance à des règles. Pourtant, il semble incontestable que la force des représentations et de *l'habitus*

³² BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Paris : Édition de Minuit, 1987, 229p, p. 94. *Choses dites* est un recueil de communications de Pierre Bourdieu. Celle à laquelle nous faisons référence est "Habitus, code et codification", communication présentée à Neuchâtel en mai 1983, reproduite initialement dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, (*De quel droit ?*), p. 40-44.

³³ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris : La Découverte, 1996, 123p, p. 81.

³⁴ MOSCOVICI Serge, "Les représentations sociales : définition d'un concept", op. cit. note 25, p. 90.

³⁵ BONTE Pierre et IZARD Michel, *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, article "représentation" (système de), Paris : PUF, 1992 (2^e éd.), 745p, p. 626.

offre une marge de manœuvre finalement limité aux individus au sein de leur condition sociale respective. Pierre Bourdieu ne se réfère pas directement à la notion de représentation, pour autant son analyse des processus qui conduisent à l'acception du droit nous paraît essentielle pour approcher les questions de légitimité et d'obéissance au droit.

2) Habitus et acceptation du droit

Le lien entre *habitus* et obéissance est très présent chez Pierre Bourdieu qui "*examine comment le droit contribue à la mise en place par l'intermédiaire de l'habitus, d'une nature sociale. (...) Bourdieu affirme que la réglementation légale est par excellence un instrument de naturalisation. Elle est capable, avec le temps, de passer d'une orthodoxie ou d'une croyance assimilée à un devoir, à une opinion se caractérisant par l'adhésion immédiate à ce qui est perçu comme normal et naturel. C'est d'autant plus le cas que le mécanisme de transformation de l'orthodoxie en doxa rend finalement possible une modification de la perception de la loi elle-même : l'abolition de son aspect contraignant implique son renforcement, le code et la régularité juridique étant maintenant non seulement acceptés en dépit de leur rigueur, mais paraissant encore nécessaires. C'est le droit fait légitimité par les exploités eux-mêmes.*"³⁶ Pierre Bourdieu associe la prégnance de l'*habitus* à la force du droit, en cela, il introduit la relation de légalité et de légitimité du droit. "*C'est que les conduites engendrées par l'habitus n'ont pas la belle régularité des conduites déduites d'un principe législatif : l'habitus a partie liée avec le flou et le vague. Spontanéité génératrice qui s'affirme dans la confrontation improvisée avec des situations sans cesse renouvelées, il obéit à une logique pratique, celle du flou, de l'à-peu-près, qui définit le rapport ordinaire au monde.*"³⁷ Nous envisageons les représentations sous l'angle de la pratique, nous verrons dans quelles mesures cette question concerne les juristes, eux-mêmes assujettis aux mécanismes de l'*habitus* car "[les] individus, quand ils sélectionnent parmi les analogies naturelles celles qui vont faire foi, sélectionnent en même temps leurs alliés et leurs ennemis, ainsi que le schéma de leurs relations sociales futures. En construisant leur interprétation de la nature, ils contraignent également la construction de leur société. En bref, ils construisent une machine qui pense et prend des décisions en leur nom."³⁸ Nous percevons déjà en quoi les notions de représentations et d'*habitus*, pour l'influence qu'elles ont dans les

³⁶ COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit*, op. cit. note 29, p. 68.

³⁷ BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Paris : Édition de Minuit, 1987, 229p, p. 96. Cette description des caractères de l'*habitus* correspond à l'idée que nous nous faisons des représentations ; à la remarque près que, dans cette assertion, nous pourrions discuter "*la belle régularité*" que se fait Pierre Bourdieu "*des conduites déduites d'un principe législatif*".

³⁸ DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, Paris : La Découverte/MAUSS, coll. Recherches, série Bibliothèque du MAUSS, 1999 (1^{er} éd. 1986), 180p, p. 80-81.

comportements individuels intéressent les pratiques juridiques, en particulier les phénomènes de respect et d'obéissance au droit.

B : Caractères ambivalents des représentations

En dépit des hésitations sur la définition, il paraît utile de souligner les éléments essentiels ainsi que certains débats relatifs aux représentations. Nous examinerons en particulier l'ambivalence des représentations qui se situe à deux niveaux : le premier concerne le caractère dynamique des représentations. Ce "*dynamisme*" est dans le prolongement de la question du débat autour de la question de la nature consensuelle ou non des représentations (1). La seconde ambivalence concerne le niveau pertinent des représentations ; nous suggérons la relation étroite entre le comportement proprement individuel et les représentations collectives dans lesquelles se mettent en place les institutions de référence qui structurent les pratiques (2).

1) Représentations innovantes et conservatrices

Il semble que certaines représentations soient plus facilement sujettes à évolutions ou transformations. La distinction entre représentations individuelles et collectives – aujourd'hui dites plus volontiers sociales – a été établie par Émile Durkheim. Il n'est pas facile de situer précisément la ligne de partage. Y aurait-il différents niveaux de représentation ou bien s'agirait-il de différents types de représentation ? Pour le moment, nous serions tentée de penser qu'il s'agit davantage de niveaux plutôt que de types différents de représentations. Autant elles peuvent apparaître comme une fondation solide quand elles sont proches de la culture, autant elles semblent souples et mobiles quand il s'agit d'observer les comportements des individus confrontés aux mutations sociales. Cette dualité n'est pas une contradiction ; elle reflète l'existence de différents niveaux de représentations – profondes ou mobiles – en permanente relation : "*Il y a ainsi continuité entre la réflexion spontanée au plan des agents sociaux et la réflexion savante du philosophe ; la première anticipe la seconde qui, en retour, contribue rétroactivement à l'articulation de la première.*"³⁹ Le caractère stable de certaines représentations conduit à penser que sous certains aspects, celles-ci sont étroitement liées à la notion de culture : dans ce cas, on peut envisager qu'elles sont relativement stables et finalement assez conservatrices parce que leur fondation est relativement profonde. Et simultanément, tout notre travail revient également à envisager les conditions et les modalités des représentations qui

³⁹ RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance, trois études*, op. cit. notes 22, p. 208.

s'adaptent aux mutations de la réalité, c'est-à-dire celles qui, plus souples, dépendent des individus et de leur parcours.

La recherche de différents niveaux de représentations peut également concerner la qualité de l'information en question, où qualité prend le sens de degré des constructions mentales. Étienne Le Roy met en évidence trois "*paliers*" de représentations : "*les représentations relatives au sens commun, fondées sur une perception immédiate des pratiques et de leurs conséquences. (...) les représentations intellectualisées fondées sur une appréciation d'une situation ou une certaine distance critique qui permet une explication qui se veut plus globale, rationnelle ou objective. (...) enfin, une troisième série de représentations peut apparaître. Il s'agit là de signes ou de symboles qui mettent en évidence le rôle de certains couples conceptuels (tel l'ordre et le désordre, le droit et l'équité, l'idéal et le vécu etc.) en occultant plus ou moins l'un de ces deux termes. Ces représentations sont ainsi "approchées" mais aussi parfois "indicibles", "impensées" ou "impensables" et seulement repérables par le contexte de l'énoncé.*"⁴⁰ Cette modalité de classement des représentations est à croiser avec celle qui distingue les représentations individuelles ou collectives.

2) Représentations individuelles et collectives

Il est difficile de distinguer les représentations individuelles et collectives tant elles sont étroitement liées. Si les représentations collectives sont associées à la production normative, cette idée va dans le sens d'un développement où les représentations sont comme des éléments constitutifs de la culture juridique. Or, si l'on considère les représentations collectives comme relativement proches de la culture juridique, comment apprécier le rôle des représentations individuelles ? Il est possible d'avancer que les représentations individuelles ont une plus grande proximité avec les pratiques et usages directs au droit. Cette hypothèse se fonde sur la relation existant entre les représentations et leur visée pratique, pour résoudre les équations quotidiennes de la vie en société. Cependant, il existe une certaine ambiguïté dans la distinction entre représentation individuelle et collective : les individuelles naissent-elles des collectives ? Ou l'inverse ? L'ensemble des représentations individuelles ne produit-il pas les représentations collectives ? Cela n'est pas certain, et à vrai dire difficilement vérifiable. En termes logiques, "*on résume la situation en disant qu'un organisme est une totalité fonctionnelle largement autonome,*

⁴⁰ LE ROY Étienne (dir.), *La conciliation. Instance de règlement des litiges. Enjeu professionnel et institutionnel*, Lajp, Contrat de recherche ministère de la justice, 1988, p. 56-57, cité par QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *Imaginaires juridiques africains*, op. cit. note 7, p. 47-48.

ou encore que le tout n'est pas égal à la somme des parties."⁴¹ Autrement dit, les représentations individuelles auraient une certaine autonomie par rapport aux représentations collectives. Dans le même temps, on ne peut éluder le fait que *"la reconstruction est implicitement à l'œuvre au niveau des représentations collectives qui médiatisent le lien social."*⁴² La relation entre représentations individuelles et collectives trouve son intérêt dans l'étude de leur fonctionnement et surtout des modalités de transmission où un va-et-vient s'opère entre les différents niveaux de représentations : le savoir commun est le plus souvent transmis lors de pratiques inter-individuelles. Ce sont lors de ces échanges que le chercheur peut espérer saisir, pour mieux le comprendre, le fonctionnement des représentations.

⁴¹ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 196.

⁴² RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance, trois études*, op. cit. notes 22, p. 208.

Section 2 : Fonctionnement des représentations

L'intérêt de la distinction entre représentations collectives et individuelles apparaît pour étudier la transmission des représentations. L'ensemble des représentations individuelles ne recouvre pas exactement la pensée collective. Cependant, nécessairement, la pensée collective est relayée puis intégrée via la conscience individuelle. Si l'on considère qu'une distinction est envisageable entre représentations collectives et représentations individuelles, on peut dire qu'elles interviennent à différents niveaux juridiques. Ne pourrait-on pas associer les premières au niveau de la production normative, et les secondes au niveau de l'application des normes et des pratiques juridiques ? Se placer sous l'angle de vue de la production normative et de l'esprit juridique revient à présenter les conditions d'émergence d'un modèle juridique et donc la construction d'une culture et de ses mythologies juridiques. Cette étude nécessite une approche dans le long terme, d'où le détour historique que nous envisagerons dans le titre deux. Dans cet objectif, il nous est nécessaire au préalable, de dépeindre concrètement comment se forment les représentations et les outils pour les saisir (§ 1). Puis, d'examiner quelle relation existe entre représentations et culture (§ 2).

§ 1 : Mécanismes d'émergence des représentations

Nous avons envisagé les représentations du point de vue de la notion ; il nous faut nous pencher sur les représentations en tant que manifestations de cette notion, c'est-à-dire les représentations elles-mêmes. Celles-ci, quoique parfois difficiles d'accès pour le chercheur, sont transmises, donc observables, dès la prime enfance dans le cercle familial (A). En dégager les principales caractéristiques (B) permet de déterminer pourquoi les méthodes d'accès aux représentations ont une grande importance au moment de leurs interprétations (C).

A : Processus d'élaboration et transmission des représentations

Le processus de la transmission est envisageable aussi bien sous l'angle purement théorique, par l'analyse des mécanismes, que sous celui de la mise en pratique : concrètement, par quelles pratiques se forment-elles ? Notre étude se situe au carrefour de ces deux attitudes. La nature même des représentations invite à ce va-et-vient dans la mesure où les représentations sont "inutiles" en soi, dans le sens où elles ne sont pas, à elles seules, la finalité de cette recherche : on

ne cherche pas à avoir une représentation pour elle-même, elle est toujours liée à l'action qu'elle oriente et influence. C'est pourquoi on s'attachera particulièrement à la visée pratique de cette forme de connaissance. Le comportement traduit ce qui est pensé. Selon les deux perspectives, théorique ou pratique, on distingue deux étapes : celle qui concerne celui qui transmet – comment procède-t-il ? Le fait-il consciemment ou non ? – et celle du point de vue de celui qui reçoit. Nous avons vu que les représentations et *l'habitus* développé par Pierre Bourdieu pouvaient être rapprochés ; dans ce cas, la représentation peut également être considérée comme *"un principe d'invention, mais dans des limites."*⁴³ La transmission des représentations se fait essentiellement par imitation et reproduction des pratiques observées et intériorisées (1), processus dans lequel le rôle du langage est essentiel. Quelques illustrations de l'expression de l'espace en langue wolof nous permettront d'identifier cette importance (2).

1) Transmission, imitation, innovation relatives aux représentations du droit

L'intériorisation des représentations se fait à la fois à l'intérieur du groupe et lors du parcours individuel. On se constitue peu à peu son réseau d'appartenances multiples. Cependant, le premier des groupes de transmission de représentations est celui constitué par la famille ; il est ensuite élargi à celui du monde des études, puis du travail, des luttes collectives, des voyages... La question de la réalité du choix de tel ou tel groupe est ambiguë. Choisit-on vraiment ses groupes d'appartenance et les représentations qui leur sont associées ? Il nous semble que la marge de liberté est réduite. Si la sensation de liberté est ressentie, elle porte plus sur le choix de se soumettre à telle identité que sur le fait de choisir manières de faire et d'être ; les deux attitudes étant naturellement imbriquées, la sensation de liberté peut néanmoins persister. *"L'individu, quand il envisage à un niveau personnel, a l'impression d'un choix libre de positionnement par rapport à ses traditions, son histoire et celle de sa famille. "J'ai choisi de suivre la coutume de mes parents, tous les Rwandais le font" dit une jeune mère de famille. Cette affirmation montre bien toute l'ambiguïté de la notion de choix."*⁴⁴ On peut légitimement s'interroger sur la valeur de ce choix personnel. La question de l'homogénéité comportementale n'est pas seulement du conformisme. Elle relève aussi, selon Pierre Bourdieu, de l'invention qui permet finalement la permanence du groupe, *"capable d'inventer, en présence de situations nouvelles, des moyens nouveaux de remplir les fonctions anciennes. (...) Les membres d'une*

⁴³ BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Paris : Édition de Minuit, 1987, 229p, p. 99.

⁴⁴ QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *Imaginaires juridiques africains*, op. cit. note 7, p. 75.

même classe agissent le plus souvent de façon semblable sans avoir à se concerter."⁴⁵ Cette attitude est observable parmi les juristes et renvoie à la culture juridique.

Pour l'heure, concernant le "grand public" des non-juristes, il existe aussi un rapport au droit qui se transmet dans le groupe social auquel on appartient. La définition que nous retenons pour les représentations particulières au droit, associe l'idée de l'existence d'un savoir à visée pratique à celle, spécifiquement juridique, de construction par l'individu d'un imaginaire juridique et d'images relatives au droit. Elle recouvre chez le grand public ce que l'on pourrait désigner par une certaine "conscience juridique", comme on parle plus couramment d'une conscience politique. *"Rompan avec le système des causes et effets, les valeurs et les attitudes du grand public pourraient être perçues comme une réaction aux demandes de légitimité mises en avant par les professionnels, et comme marque de confiance ou de défiance à l'égard de leurs institutions juridiques. La "conscience juridique" du grand public sera alors considérée comme la réaction des demandes des non-spécialistes par rapport à ce que fournissent les institutions."*⁴⁶ Ce que l'on appelle les représentations du droit suggère l'existence d'un imaginaire juridique qui *"répond en partie à une nouvelle attente de la science juridique : reconnaître et interpréter le droit comme objet social global, et non simplement l'étudier comme une technique."*⁴⁷ La nature de cet imaginaire dépend en grande partie du contexte de transmission de ce rapport au droit. Le milieu familial et la nature des relations parents/enfants est un des cadres privilégiés de cette transmission. *"L'existence d'un lien avec le droit conditionne le recours et l'usage de ce droit. Nous posons que ce lien est de nature affective dans la mesure où il révèle un attachement, une inclination. Il témoigne d'un accord, d'une acceptation, d'une correspondance entre l'imaginaire de l'individu et ce que le droit choisi lui propose."*⁴⁸ Dans la transmission de l'imaginaire juridique et des représentations en général, le rôle du langage est primordial.

Pour recueillir les représentations, l'observateur doit porter une attention particulière à la manière dont elles sont transmises. C'est pourquoi il est assez efficace de reconnaître et de considérer les "moments" et "vecteurs" de transmission de ces représentations. Très rapidement, apparaît une relation entre, d'une part, les représentations sociales et le rôle de la communication inter-individuelle, notamment au moment de l'éducation des enfants, d'autre part, entre représentation

⁴⁵ BOURDIEU Pierre, *Le sens pratique*, Paris : Minuit, 1980, 475p, p. 91.

⁴⁶ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, 758p, p. 142. (culture juridique)

⁴⁷ ARNAUD André-Jean (dir.), *ibidem*, p. 180. (imaginaire juridique)

⁴⁸ QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *Imaginaires juridiques africains*, op. cit. note 7, p. 37.

et langage. Les auteurs qui se sont intéressés aux notions de cultures et de représentations culturelles ont voulu déterminer le rôle des individus dans le processus d'acquisition de cultures ou de représentations. Dans ce débat, la difficulté consiste à trouver un juste équilibre entre les influences respectives des individualités et les contraintes qui pèsent sur elles. L'environnement social et culturel conditionne assurément les individus, qui *"n'existent jamais et nulle part de façon totalement autonome. Les anthropologues ont eu raison d'insister sur le fait que ce sont des individus qui entrent en contact les uns avec les autres et non des cultures."*⁴⁹ Ainsi, le déterminisme est à nuancer parce qu'il coexiste avec la diversité des interactions individuelles qui laissent subsister une marge de liberté. Si petite soit-elle, celle-ci *"met au jour le travail d'intériorisation qui change le résultat collectif en donné individuel (...) [et] montre par quel processus les représentations passent de la vie de tous à la vie de chacun."*⁵⁰

L'articulation entre les représentations et les actions individuelles s'organise dans le cadre de *"la communication qui permet aux sentiments et aux individus de converger, de sorte que quelque chose d'individuel peut devenir social, ou vice versa."*⁵¹ Naturellement, la communication dans l'enfance joue un rôle particulier, le champ éducatif est un champ d'étude privilégié car c'est à ce moment que sont transmises les premières représentations ; celles-ci sont vouées à se transformer mais elles mettent en place un premier tableau général des représentations sociales⁵².

A cet égard et pour nous familiariser avec l'un des objets de représentation qui nous intéresse dans notre recherche, à savoir la notion d'espace, on peut évoquer l'étude menée par Jacqueline Rabain, sur l'éducation du jeune enfant wolof. L'auteur y décrit les différents processus de socialisation et l'apprentissage du code culturel pour être intégré dans la société wolof. Le cadre culturel que l'auteur définit *"dans un premier temps et d'une manière très générale comme un ensemble de règles de conduite verbales ou non verbales par lesquelles la société reconnaît un de ses membres"*⁵³ concerne également plus spécifiquement les représentations de l'espace : *"les manipulations, les fabrications et les savoir-faire, se déployant à travers la parole de l'autre, du double, renvoient à un espace imaginé avant d'être conquis. (...) Ce territoire plus large se profile derrière les propos tenus et les événements rapportés par les visiteurs de passage*

⁴⁹ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 57.

⁵⁰ MOSCOVICI Serge, "Des représentations collectives aux représentations sociales", art. cit. note 9, p. 94.

⁵¹ MOSCOVICI, ibidem, p. 94.

⁵² GILLY Michel, "Les représentations sociales dans le champ éducatif", JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, op. cit. note 9, p. 382-393, p. 384.

⁵³ RABAIN Jacqueline, *L'enfant du lignage. Du sevrage à la classe d'âge*, Paris : Payot, 1979, 237p, (préface d'Edmond Ortigues), p. 25.

(parents éloignés, peul, étrangers, etc), dont les manières d'être, les gestes et les objets portent aussi la trace. (...) Cet espace d'abord fantasmé, puis identifié à partir des objets que rapportent les aînés, est mis en scène dans des opérations ludiques (...), des mimes et des scénarios verbalisés, qui sont autant de jalons posés par l'enfant pour se l'approprier et autant de moyens mis à sa disposition pour se le représenter."⁵⁴ L'étude de Jacqueline Rabain souligne la place essentielle du langage dans la transmission des représentations. Parce qu'elle paraît riche d'enseignements, la relation entre le système de représentations et la langue mérite d'être soulignée en prenant, là encore, des illustrations particulièrement dans la langue wolof⁵⁵.

2) Le langage et les représentations : l'exemple de l'espace en wolof

Les premiers travaux linguistiques interrogent les relations entre langue et culture. La diversité des langues permet aux auteurs de fonder les interprétations sur la pluralité des cultures. Edward Sapir, élève de Franz Boas, considère la langue comme un objet privilégié de l'anthropologie et oriente ses recherches sur l'influence qu'exerce la langue sur la culture et le système de représentations d'un peuple. Il établit un rapport étroit d'interdépendance entre les deux. La langue, comme le système de communication, transmet la culture mais elle est elle-même marquée par la culture. Dans les années 1930, Benjamin Whorf, un de ses étudiants, avance "*que tous les niveaux de pensée sont dépendants du langage qui influence l'appréhension et la compréhension de l'environnement, et que chaque langue représente et crée une réalité distincte.*"⁵⁶

La question est également examinée par Claude Lévi-Strauss. Celui-ci reproche à Edward Sapir et à son collègue Benjamin Whorf de "[comparer] *des données linguistiques très élaborées, (...) avec des observations ethnographiques qui se situent à un niveau empirique. Ils comparent ainsi des objets qui ne sont pas de même nature, et risquent d'aboutir à des truismes, ou à des hypothèses fragiles.*"⁵⁷ Il souligne, d'autre part, que "*le problème des rapports entre langage et culture est un des plus compliqués qui soient. On peut d'abord traiter le langage comme un*

⁵⁴ RABAIN Jacqueline, ibidem, p. 136-137.

⁵⁵ Le choix de la langue wolof pour illustrer l'importance du langage dans la transmission des représentations est lié à notre première recherche, consacrée à l'influence des représentations de l'espace urbain à Saint-Louis au Sénégal sur les pratiques juridiques. Par cet exemple, trois objectifs sont visés : d'abord, montrer la diversité des représentations, ensuite, souligner les méthodes pour accéder aux représentations qui ne sont pas visibles immédiatement, enfin, l'exemple sénégalais est pour le lecteur une première approche des développements plus conséquents à venir sur l'impact de ces représentations sur la production et l'application du droit relatif à la terre.

⁵⁶ GAILLARD Gérard, *Dictionnaire des ethnologues et des anthropologues*, Paris : Armand Colin, 1997, 286p, p. 89.

⁵⁷ LÉVI-STRAUSS Claude, *Anthropologie structurale*, Paris : Plon, 1974 (1^{er} éd. 1958), 480p, p. 103.

produit de la culture : une langue, en usage dans une société, reflète la culture générale de la population. Mais en un autre sens, le langage est une partie de la culture. (...) [mais] ce n'est pas tout : on peut aussi traiter le langage comme condition de la culture, (...) puisque c'est surtout au moyen du langage que l'individu acquiert la culture de son groupe."⁵⁸

Ainsi, les langues sont un vecteur des représentations. Il en est d'autres, mais la langue tient un rôle particulier dans la mesure où ces autres vecteurs – pensons aux mythes, par exemple – ont besoin de la langue pour s'exprimer. Elle est comme leur plus petit dénominateur commun. En ce qui concerne les représentations, les enseignements viennent principalement du vocabulaire et des expressions, mais le système grammatical peut également apporter des éléments ; ces deux aspects renvoient à deux points de vue de l'étude d'une langue. "*La linguistique s'intéresse à la langue en tant que système abstrait, général et universel, la sociolinguistique s'arrête au langage en usage, au langage tel qu'il est effectivement utilisé dans la vie de tous les jours.*"⁵⁹ Nous privilégierons ce dernier aspect, mais dans la langue wolof, quelques points grammaticaux concernent également l'expression de l'espace.

Dans cette langue, existent des indices spatio-temporels. Utilisés dans la formation des déterminants des noms et dans le système verbal, ils donnent des indications sur "la distance" spatiale ou temporelle⁶⁰ entre l'objet et le centre du repère spatio-temporel qui peut être le locuteur et dans certains cas l'interlocuteur. A mi-chemin entre grammaire et vocabulaire, il existe une relation entre l'expression de l'espace et du corps. En wolof, et dans d'autres langues africaines, certains termes ont à la fois le sens de préposition locative et de nom désignant une partie du corps humain ; quelques exemples illustrent cette relation :

biir → ventre/dans,

wet → flanc/à côté de,

ndigg → rein/au milieu,

kanam → visage/devant,

ginnaaw → dos/derrière/puisque.

La dernière expression comporte trois significations et a attiré l'attention des linguistes. "*Ginnaaw*" a la particularité, outre de posséder la fonction de lexème et préposition, d'avoir

⁵⁸ LÉVI-STRAUSS Claude, ibidem, p. 84.

⁵⁹ WINDISCH Uli, "Représentations sociales, sociologie et sociolinguistique. L'exemple du raisonnement et du parler quotidiens", JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, op. cit. note 9, p. 186-201, p. 193.

⁶⁰ La relation entre espace et temps est clairement établie dans la pensée wolof, on le constate particulièrement dans le mythe aquatique saint-louisien de Kumba Bang. **Voir annexe V.**

également le sens d'une conjonction de subordination en signifiant "puisque". Il est utilisé pour exprimer la causalité, "*conçue comme une localisation dans un espace/temps, comparable au modèle de l'espace construit à partir de l'orientation du corps.*"⁶¹ La relation espace/corps est doublée d'une relation causalité/corps, confirmant la relation temps/espace car la notion de causalité renvoie à celle du temps dans la mesure où dans ces deux cas, l'interprétation de la relation se lit selon la situation du locuteur qui fixe le point de départ de l'énonciation. En effet, la visualisation de la causalité par un wolophone peut se faire au moyen du corps, mais aussi en référence aux points cardinaux. Alors qu'il existe un terme pour désigner le nord et le sud, on peut également utiliser respectivement les mots "*bopp*" et "*tank*" qui signifient respectivement "tête" et "jambes".

Pourquoi insister sur ces considérations linguistiques ? Le fait de donner une grande importance au corps pour l'expression de l'espace en wolof fait partie de l'ensemble des représentations spatiales. Celles-ci varient d'un endroit à l'autre, influencées par l'histoire, les religions... De fait, on ne se représente pas l'espace partout de la même manière. Par exemple, puisque nous évoquons l'expression des points cardinaux, J.M.G. Le Clézio dans *Le rêve mexicain ou la pensée interrompue* explique que les Aztèques désignent le sud par la main gauche et le nord par la main droite⁶². En France, en revanche il semble que le nord et le sud soient représentés par le haut et le bas : il est d'usage de dire "*je monte à Paris*", ou "*je descends à Perpignan*". Ces expressions sont intéressantes à plusieurs titres. D'abord, elles nous renseignent sur les représentations spatiales, mais elles peuvent parfois donner des éléments sociaux et culturels. Ainsi, apparemment, un Lillois dit aussi "*je monte à Paris*", ce qui donne une idée de la prédominance de la capitale, dans l'État français de tradition jacobine, qui a toujours une influence considérable dans les fonctions administratives, politiques, culturelles... De là, on peut suggérer que ce "*haut*" évoque moins une situation géographique que l'ascension sociale que les locuteurs de cette formule rêvent de réaliser "*là-haut*". Cependant, cette solution n'est pas univoque, car que peut-on dire du Parisien "*qui monte à Lille*" ? Dans ce cas, les représentations géographiques reprennent le dessus sur celles plus sociales ou politiques et nous indiquent la fragilité des généralisations concernant les représentations.

⁶¹ ROBERT Stéphane, "Puisque et le dos en wolof, tempête dans le signifié", *Le gré des langues*, Paris : L'Harmattan, 1990, p. 82-92, p. 92. Dans cet article, la linguiste explique la relation existante en wolof entre le corps, la localisation spatiale et l'articulation logique, en tentant de sortir des explications relevant des "*hasards homophoniques et de l'anthropomorphisme.*"

⁶² LE CLEZIO J.M.G., *Le rêve mexicain ou la pensée interrompue*, Paris : Gallimard, 1988, 248p, p. 117.

Dans le domaine juridique, le langage tient également un rôle crucial et dévoile aussi des ambiguïtés entre langage professionnel et non professionnel. *"Tous les mots du langage juridique – langage du droit et langage des juristes – ont des sens multiples [et] ont d'abord les significations que leur donne le langage courant. Elles ne disparaissent pas lorsque le mot est prononcé, écrit ou pensé par un juriste. La réflexion juridique est directement influencée par les souvenirs communs dont la langue conserve la trace."*⁶³ Le fait que le vocabulaire juridique obéisse à plusieurs répertoires sémantiques augmente le flou. Il est alors aisément concevable que simultanément, *"le langage juridique n'est pas immédiatement compris par un non-juriste. Il n'entre pas d'emblée dans l'entendement de celui qui ne possède que la langue commune. La communication du droit se heurte à un écran linguistique."*⁶⁴ Cet écran linguistique est lié à la polysémie des termes, sens technique ou non, mais aussi à la charge affective qu'on peut leur attribuer.

En wolof, certains termes ou expressions conduisent au constat de la diversité des significations véhiculées par le langage, tel que le terme *"Lambaye"* qui permet d'illustrer la difficulté d'accès aux représentations. Cet exemple issu de témoignages recueillis à Saint-Louis en 1997-1998 permet de mettre l'accent sur l'un des caractères des représentations, la diversité dont nous soulignerons quelques aspects théoriques aussitôt après. La connaissance de sa propre culture n'est pas la même d'un individu à l'autre, selon sa trajectoire de vie ou, selon l'expression d'Uli Windwisch, selon son *"histoire de vie linguistique"*. Par ces circonstances, les wolophones n'auront pas la même compréhension de certaines formules, éléments de contes ou de mythes entendus lorsqu'ils étaient enfants : leurs représentations pourront en être différentes. Nous avons interrogé un petit nombre de personnes en demandant ce que leur évoquait le terme *"Lambaye"*. Tous sont sénégalais et viennent de Dakar ou de sa proximité, exceptée une personne, originaire de Saint-Louis. D'autre part, élément important, tous ont grandi et vécu la plus grande partie de leur vie au Sénégal. L'enquête a débuté à la lecture d'un ouvrage de Catherine Ndiaye, *Gens de sable*, où elle décrit dans de très courts chapitres quelques moments et sensations de la vie au

⁶³ ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence : Presses universitaires Aix-Marseille, 1991, 118p, p. 102-103.

⁶⁴ CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, Paris : Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 2000 (2^e éd.), 439p, p. 19. Également, LE ROY Étienne, "Juristique et anthropologie", *Journal of legal pluralism and unofficial law*, n° 29, 1990, p. 5-21. L'auteur évoque le *"méta-langage"* qu'utilisent les juristes. *"Malgré l'apparence lexicale, les juristes ne parlent pas la même langue que les autres Français. Ce n'est pas la présence éventuelle de termes anciens de procédure ou de tournures de phrases particulières qui est en cause car la forme langagière n'est qu'un écran derrière lequel on doit deviner d'autres circulations d'information et d'autres messages. Ce qui est en question, c'est cet au-delà du discours juridique, le lieu où s'opère la juridicisation et la déjuridisation des faits sociaux indépendamment des recettes de la technique juridique et qui touche à l'essence du phénomène juridique."* p. 6

Sénégal. Dans le chapitre intitulé "*Lambaye (le bout du monde)*", elle évoque ce lieu à la "*fonction ambivalente dans l'Imaginaire collectif*" : "*géographiquement, Lambaye est sans doute un bled à l'extrême nord du Sénégal. Populairement, c'est un lieu mythologique (...). A-topos mythologique, non-lieu référentiel, là où il faut s'arrêter si on ne veut pas tomber infiniment dans le vide. Là tout est possible, rien n'est prévisible, tout est effarant.*"⁶⁵ Suit une description de ce site étrange où "*l'on rêve et redoute d'aller*". *Lambaye* permet d'illustrer la diversité des représentations y compris parmi les membres wolophones d'un groupe socioculturel homogène.

Comme pour illustrer la diversité des représentations, il y eut pratiquement autant de réponses que de personnes interrogées. Pour l'une d'elles, le terme évoque l'idée d'une dispute entre deux amis, on dira "*Lambaye ñew na*" ("*Lambaye arrive*"). Le terme n'évoque pas à la personne interrogée l'espace, ce qui fait dire que "*c'est du wolof profond*", qu'elle ne connaît pas⁶⁶. Relativement à la notion d'espace, une autre expression suscite chez notre interlocutrice le souvenir d'un lieu lointain et désagréable. Selon elle, "*Maa ngi dem Ginginnew*" ("*Je vais à Ginginnew*") est utilisé pour décrire un voyage lointain, dans des conditions difficiles. A propos du sens du terme *Ginginnew*, elle pense qu'il s'agit "*d'un lieu en pays serer*" et avance l'hypothèse que son utilisation dans l'expression est due à sa consonance "*rugueuse*" et son caractère dur à prononcer pour les Dakarois. Après enquête, *Ginginnew* est en effet une commune de la région de Fatick, à 22 km au nord-est de Kaolack. Pour un autre, *Lambaye* est une communauté rurale de la région de Djourbel. Enfin, pour d'autres, plus nombreux, *Lambaye* évoque immédiatement le génie aquatique de la ville de Rufisque, *Mame Coumba Lambaye*. L'exemple de *Lambaye*, espace lointain et peu recommandable, espace "simplement" administratif ou espace sacré et mystérieux, souligne particulièrement la diversité des représentations. Cet exemple illustre deux caractères particulièrement significatifs des représentations, la diversité et la non-exhaustivité de leur connaissance pour le chercheur.

B : Caractères des représentations

Outre leur caractère dynamique, les représentations ont également la particularité d'être nombreuses et diversifiées. Les représentations sont différentes entre sociétés, mais différents groupes peuvent exister au sein d'une même société. Cette particularité explique qu'il est difficile

⁶⁵ NDIAYE Catherine, *Gens de sable*, Paris : POL, 1984, 165p, 99.

⁶⁶ L'expression "wolof profond" résulte des mutations du wolof parlé contemporain, notamment urbain et parlé par les jeunes sénégalais qui intègre un grand nombre de termes français et anglais remplaçant les termes existant en wolof, langue elle-même très influencée par la langue arabe.

de connaître les représentations dans leur diversité et au fur et à mesure de leur transformation (1), d'autant qu'elles ne sont pas "visibles" de prime abord et par conséquent, pour le chercheur ne sont jamais accessibles dans leur intégralité (2).

1) Dynamisme et diversité

*"Les représentations sociales n'ont pas le caractère statique qu'on leur a parfois attribué ; elles sont fondamentalement mobiles, dynamiques ; elles vivent, s'attirent, se repoussent et donnent naissance à de nouvelles représentations."*⁶⁷ Le principe de dynamisme admis, la question des modalités de mise en œuvre de cette mobilité peut se poser. Les auteurs se sont efforcés de décomposer les mécanismes de transformation des représentations pour comprendre l'origine de leur degré de rigidité ou de souplesse. Claude Flament attribue un *"rôle prépondérant aux pratiques sociales dans le déclenchement de ces transformations."*⁶⁸ Pour sa démonstration, il isole ce qu'il appelle le *"noyau central des représentations"* ; celui-ci est constitué par des éléments qui ne changent pas facilement. C'est le décalage entre ce noyau et les pratiques qui expliquerait les transformations. Son apport le plus significatif consiste à distinguer deux sortes de transformations, brutales ou progressives. Dans le premier cas, il y a contradiction explicite entre les pratiques et les représentations et par conséquent une rupture nette avec le passé s'opère. Dans le second cas, des pratiques nouvelles sont admises ; l'augmentation de leur fréquence entraîne une transformation progressive, la rupture avec les comportements antérieurs est plus douce. A ces deux modalités s'ajoute le fait que le désaccord entre réalité et représentation n'aboutit pas à une transformation si *"le noyau central"*, c'est-à-dire l'identité même des représentations, n'est pas affecté. Considérant que la notion d'*habitus* participe au fonctionnement des représentations, nous pouvons évoquer que le caractère dynamique est également considéré par Pierre Bourdieu. L'*habitus* est lui aussi susceptible de modification, et ce notamment sous l'influence de la *"trajectoire sociale"* des individus et des groupes. Si les représentations sont intériorisées individuellement, elles n'en évoluent pas moins au sein de groupe(s) dans lesquels les individus sont intégrés. Pour Pierre Bourdieu, la *"trajectoire sociale"* est ce qui évite d'enfermer l'*habitus* dans une conception trop fixiste. *"L'habitus n'est pas un système rigide de dispositions, qui déterminerait de façon mécanique les représentations et les actions des individus et qui assurerait la reproduction sociale pure et simple. Les conditions*

⁶⁷ WINDISCH Uli, "Représentations sociales, sociologie et sociolinguistique", art. cit. note 59, p. 194.

⁶⁸ FLAMENT Claude, "Structure et dynamique des représentations sociales", JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, op. cit. note 9, p. 224-239, p. 231.

sociales du moment n'expliquent pas totalement l'habitus, qui est susceptible de modifications."⁶⁹

Cette approche de *l'habitus* corrobore le caractère dynamique des représentations à l'intérieur des groupes sociaux. Ce caractère est une des clefs de compréhension de la diversité, autre caractéristique des représentations.

La diversité des représentations se manifeste par la pluralité des pratiques dont l'observation est un outil privilégié d'accès aux représentations. La diversité se situe à trois niveaux. Elle peut se situer entre sociétés géographiquement éloignées, ce fut l'objet des premières recherches sur les représentations. Distance culturelle et distance géographique allaient alors de pair. Le deuxième niveau identifié se situe au sein d'une même société et met en jeu les différentes représentations des groupes sociaux en présence : "*Nous, Occidentaux, admettons de plus en plus que les membres d'une tribu lointaine pensent différemment de nous. Nous avons, en revanche, de la peine à admettre qu'à l'intérieur de nos propres sociétés puissent exister des manières de penser très différentes, voire incommensurables.*"⁷⁰ L'attitude qui consiste à admettre la diversité des représentations à l'intérieur des sociétés occidentales nous conduit nécessairement à établir un troisième niveau de diversité : celui qui consiste à reconnaître de la même façon la diversité des représentations au sein des sociétés non-occidentales⁷¹.

La diversité des représentations a des conséquences sur la connaissance que l'on peut en avoir ; étant donnée l'existence de sous-groupes de populations, il existe différentes représentations sur un même objet et il est difficile d'accéder à toutes. Ensuite, au niveau qualitatif, dans tous les cas, pour une représentation donnée, il est également difficile d'en acquérir tous les sens et toutes les subtilités. La connaissance d'une représentation se limite souvent à quelques-uns de ses éléments. Nous l'avons constaté avec les significations de *Lambaye*. C'est pourquoi il est tout à fait envisageable de ne pas connaître totalement une représentation, et ce, y compris dans sa propre

⁶⁹ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 82.

⁷⁰ WINDISCH Uli, "Représentations sociales, sociologie et sociolinguistique", art. cit. note 59, p. 188.

⁷¹ Pourquoi définir des sociétés par une expression négative ? Cette façon de présenter la réalité socio-historique participe de la pensée occidentale qui tend à tout définir selon son propre modèle et ses propres mécanismes de pensée : on peut multiplier les exemples qui, parfois inconsciemment et même en toute bonne foi de la part de leurs auteurs, évoquent un droit "non-écrit" pour désigner les mécanismes juridiques qui ne reproduisent pas les canons du droit occidental, une "famille élargie" comme si le prototype de la famille devait être celui que présente la société des pays occidentaux ou plus exactement l'idée de la famille présentée comme idéale dont il est facile de déterminer qu'elle-même est en pleine mutation. Ces façons de présenter ont été mises à jour et critiquées par certains auteurs, Louis DUMONT en fait état dans *Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris : Seuil, 1983. A sa suite Étienne Le Roy parle "d'englobement du contraire" pour désigner cette attitude qui consiste à "*penser l'autre comme le contraire de soi*". "L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité", LAJOIE Andrée, McDONALD Roderick, JANDA Richard et ROCHER Guy (éd.), *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles/Montréal : Bruylant/Thémis, 1998, 266p, p. 29-43.

société. L'expérience, l'origine et le niveau scolaire sont des facteurs qui affectent le sens que peut donner un individu à ce qui l'entoure. Pour illustrer ce phénomène, on peut donner l'exemple simple mais évocateur du drapeau d'un État. La plupart des habitants ou originaires d'un pays connaissent les couleurs et les symboles du drapeau national. Or, en expliquer le sens ou l'origine historique devient délicat. Selon Denis-Constant Martin, *"la profondeur et la flexibilité des symboles permettent aux individus de confirmer, de choisir le sens qui leur paraît le plus pertinent parmi tous ceux qui s'offrent à eux."*⁷² Ces différences de perception et de compréhension, à l'égard desquelles il n'y a pas lieu d'émettre de jugement de valeur, contribuent à la richesse des représentations mais également à la difficulté de les étudier.

La diversité des représentations dans une même société pose la question de la viabilité d'un tel groupe – la société. Pour Claude Flament, cette situation s'explique par la structure des représentations : deux personnes appartenant à une même population peuvent tenir un discours différent sur un même objet ; elles n'ont pas forcément une représentation différente. *"Si tel était le cas, elles ne sauraient avoir de communication efficace."* Cette différence de discours vient *"de raisons circonstanciées, notamment de pratiques et d'expériences individuelles."*⁷³ Ainsi, dans une même société, des différences, voire des contradictions, peuvent apparaître dans les discours, mais l'ensemble forme un tout néanmoins relativement homogène si on le compare à une autre société. La question de l'homogénéité est au cœur du fonctionnement de *l'habitus* des groupes. *"L'habitus est donc ce qui caractérise une classe ou un groupe social par rapport aux autres qui ne partagent pas les mêmes conditions sociales. (...) L'homogénéité des habitus de groupe ou de classe, qui assure l'homogénéisation des goûts, est ce qui rend immédiatement intelligibles et prévisibles les préférences et les pratiques."*⁷⁴ Dynamisme et diversité ont pour corollaire la difficulté pour l'observateur d'accéder à toutes les représentations dont la connaissance n'est, par définition, jamais exhaustive.

2) Non-exhaustivité de la connaissance des représentations

Le caractère de non-exhaustivité s'applique aux représentations. Mais il s'applique aussi aux "sciences humaines et sociales", auxquelles certains reprochent parfois leur manque d'exactitude, ce qui rend Claude Lévi-Strauss *"mélancolique"*. Il semble envier *"cette façon rigoureuse [de travailler] dont nous nous étions résignés à admettre que les sciences de la nature détenaient le*

⁷² MARTIN Denis-Constant, JULES-ROSETTE Benneta, *Cultures populaires, identités et politique*, Les cahiers du CERI n° 17, Paris : CERI et FNSP, 1997, 46p, p. 6.

⁷³ FLAMENT Claude, "Structure et dynamique des représentations sociales", art. cit. note 68, p. 236.

⁷⁴ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 81-82.

privilège." Puis, selon lui, les linguistes et leurs nouvelles méthodes "*sont parvenus à ouvrir une petite porte sur l'univers des sciences exactes et naturelles [contemplé] comme un paradis dont l'accès était interdit [aux sciences humaines et sociales].*"⁷⁵ Cette position nous semble être excessive. Il est vain de vouloir transformer les sciences humaines en sciences exactes. Cela n'affecte pas le fait que leur connaissance dépend pourtant de la précision des méthodes de travail utilisées. Celles-ci sont d'autant plus essentielles pour l'étude des représentations qu'elles ont une autre caractéristique : elles ne sont pas immédiatement visibles. La non-exhaustivité de la connaissance des représentations est directement liée à la difficulté d'y accéder. Implicites, elles sont en filigrane dans les événements, les pratiques quotidiennes. Elles se glissent dans les discours. Elles sont partout, mais il est facile de n'en saisir aucune ; Denis-Constant Martin explique que pour sonder représentations et culture, "*les matériaux utilisés ne sont pas nécessairement représentatifs au sens statistique de la sociologie, mais qu'ils ont pour intérêt de fournir une porte d'entrée dans la réalité que l'on cherche à comprendre, une porte d'entrée qui ouvrira sur des dimensions peu explorées voire inattendues de cette réalité.*"⁷⁶ C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'étudier les représentations relatives à un objet donné, le chemin pour y accéder est aussi important que les représentations elles-mêmes. D'où la nécessité de mentionner les méthodes de travail.

C : L'accès aux représentations et interprétations

Les entretiens et l'observation des pratiques permettent d'accéder à quelques représentations. Dans la démarche, la première étape consiste à recueillir les représentations. Les entretiens et l'étude des comportements doivent être combinés avec une attention particulière portée sur ces derniers dans la mesure où les représentations sont rarement exprimées explicitement. Dans les deux cas, il ne faut cependant pas perdre de vue une marge de déformation toujours présente, qui s'accroît lors de l'interprétation des données recueillies. Nous avons vu l'importance de la communication et du langage ; elle représente une difficulté qui émane à la fois de celui qui est observé et de celui qui observe, pour l'interprétation des représentations (2). D'autre part, nous avons mentionné que les représentations pouvaient tantôt être un "*objet d'étude*" à part entière, tantôt être un "*outil de travail*", utilisé comme méthodologie pour comprendre un objet d'étude. Ici, ces deux approches sont complémentaires : nous devons considérer les représentations

⁷⁵ LÉVI-STRAUSS Claude, *Anthropologie structurale*, Paris : Plon, 1974 (1^{er} éd. 1958), 480p, p. 85-86.

⁷⁶ MARTIN Denis-Constant, JULES-ROSETTE Benneta, *Cultures populaires, identités et politique*, op. cit. note 72, p. 13, commentant les travaux de DARNTON Robert, *The Great Cat Massacre and Other Episodes in French Cultural History*, 1985, New York : Vintage Book, p. 5-7.

comme un "objet d'étude" (l'objet de la représentation considéré étant le droit, en particulier celui de la propriété de l'espace), mais, il nous paraît nécessaire, d'un point de vue méthodologique, de s'attarder brièvement, sur le sens donné à cette notion quand elle est utilisée comme un "outil de travail" (1).

1) Les limites de l'interprétation : le décalage entre représentations et réalité

Les entretiens peuvent se faire selon différentes modalités où la liberté de l'interlocuteur est plus ou moins grande et, par là, la neutralité de l'observateur variable elle-aussi. Peut-être dans une moindre mesure lors des "histoires de vie" où l'enquêté, tout à son récit, est peu interrompu. Le principal danger est le manque de neutralité de l'enquêteur qui, par ses interventions, recadre, attire dans telle ou telle direction. Bien que légitimes et parfois nécessaires, ces interventions diminuent la spontanéité du propos, et à cet égard, Denis-Constant Martin a raison de souligner que les termes "*diriger ou conduire*" un entretien ne sont pas neutres⁷⁷. En tout état de cause, en dépit de cette imperfection, les entretiens sont tout à fait fructueux. Cependant, les représentations ne peuvent pas toujours être communiquées lors des entretiens enquêteur/enquêté. C'est pourquoi, simultanément, l'enquêteur doit également en observant ou/et participant, s'intéresser aux pratiques qui recouvrent les comportements et les discussions entre individus. L'étude des pratiques est primordiale pour celle des représentations. Idéalement, les résultats d'une enquête sur les représentations relatives à un "*objet x devraient contenir l'enregistrement de toutes les pratiques et discours des membres de la population de référence relativement à l'objet x.*"⁷⁸ Étant donné les caractéristiques des représentations dont nous avons fait état plus tôt, cet objectif est rarement atteint. A cela s'ajoute le fait que l'interprétation des données, obtenues en quantité toujours insuffisante, est source de déformation.

Pour se rendre compte des limites du travail d'interprétation, il suffit d'en décomposer le processus. Il ne se limite pas à une description, il va au-delà. Dan Sperber signale que le plus souvent "*une interprétation, c'est la représentation d'une représentation par une autre en vertu d'une similarité de contenu.*"⁷⁹ Cela s'explique par le fait que l'observateur, tout en s'intéressant aux représentations, fonctionne en vertu de ses propres représentations dont il est difficile de se détacher. Donnons deux illustrations de ce phénomène, l'un où l'objet de la représentation est l'espace, l'autre le droit.

⁷⁷ MARTIN Denis-Constant, JULES-ROSETTE Benneta, *Cultures populaires, identités...*, art. cit. note 72, p. 9.

⁷⁸ FLAMENT Claude, "Structure et dynamique des représentations sociales", art. cit. note 68, p. 224.

⁷⁹ SPERBER Dan, "L'étude anthropologique des représentations : problèmes et perspectives", JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, op. cit. note 9, p. 133-148, p. 136.

En wolof, le terme "*Lambaye*", déjà évoqué⁸⁰, a plusieurs sens dont celui utilisé pour décrire un lieu lointain, imaginaire, où les Sénégalais (du moins ceux qui attribuent ce sens à cette expression), ne souhaitent pas aller. Celui qui veut faire ressentir à des Français, par exemple, cette représentation spatiale sénégalaise, éprouve la nécessité de trouver une représentation similaire dans la langue française. Ainsi, on peut comparer le "*Lambaye*" sénégalais au "*Trifouillis-Les-Oies*", au "*Pétaouchnok*" ou au "*Diable Vauvert*" français selon le registre de langue sélectionné. Utiliser la comparaison est à double tranchant. Elle peut aider à saisir le contenu de la représentation, mais en définitive "*Lambaye*" n'est pas "*Pétaouchnok*". Ces termes sont également équivalents parce qu'ils évoquent un même aspect, des lieux imaginaires dans les sociétés sénégalaise et française, mais n'ont pas exactement le même contenu. La déformation résulte de la construction par l'observateur, de représentations qui ressemblent à celles de ceux sur qui il enquête. Les limites de l'interprétation apparaissent : au fait que des interprétations très différentes peuvent apparaître, les unes et les autres, plausibles, s'ajoute la difficulté d'évaluer ces mêmes interprétations. La démarche adoptée permet de réduire les déformations autant que possible. *"Afin d'échapper à toute forme d'ethnocentrisme dans l'étude d'une culture particulière, [Franz Boas] recommandait de l'aborder sans a priori, sans appliquer ses propres catégories pour l'interpréter, sans la comparer à d'autres cultures. Il conseillait la prudence, la patience, "les petits pas" dans la recherche"*⁸¹, précautions utiles pour accéder aux représentations.

La seconde illustration relève de la comparaison des représentations juridiques. Dans son étude sur la méthode comparative en droit, Rodolfo Sacco insiste sur la déformation probable qui peut surgir au dépend du juriste qui entreprend une comparaison entre systèmes de droit. Il apporte un élément intéressant en intégrant la question *"de la reconstruction de l'image de la règle, telle que l'a édifiée la population intéressée. Son expérience [celle du comparatiste] lui fera comprendre sans effort que des groupes humains peuvent se conformer régulièrement à des normes, sans les avoir préalablement formulées, et lui fera également constater qu'une différence existe entre la règle savante, formulée par le chercheur, et la règle reflétant l'image qu'en a conçue l'ethnie étudiée : il fait donc un premier pas pour comprendre l'opposition entre la règle opérationnelle et le modèle cognitif. En d'autres termes : le décalage existant entre la règle (opérationnelle) et le modèle cognitif est une simple hypothèse, entrevue par peu de spécialistes, dans le secteur du*

⁸⁰ Le passage relatif au terme "*Lambaye*" se trouve aux pages 26 et suivantes, à propos du rôle du langage dans la transmission des représentations, les illustrations données étant dans l'univers linguistique wolof.

⁸¹ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 20.

droit savant des pays évolués (sic), mais il correspond à une donnée primordiale et évidente, sur le plan épistémologique, parmi les ethnologues."⁸² Cette question essentielle est au cœur de notre étude. Ce phénomène se retrouve également dans les sciences juridiques, et ce, de manière spécifique en raison de la nature même de la discipline "droit", ce qui pose la question de la déformation du Droit par les juristes eux-mêmes et celle de la question de l'auto-regard sur leur propre discipline.

Cette question se pose d'une façon générale pour les sciences de l'homme et de la société en raison du rapport entre le sujet et l'objet de la connaissance : *"l'objet et le sujet sont de même nature : l'homme étudie l'homme (et ses accomplissements en ce qu'ils ont de spécifiquement humain). Cette différence [avec les sciences de la nature] est souvent présentée comme la cause de certaines difficultés spéciales rencontrées par les sciences humaines. (...) Les sciences humaines s'efforcent de dire ce qu'est l'homme. Du coup, énoncer sur les faits humains et sociaux, c'est pour le scientifique, en un certains sens, énoncer sur lui-même (en tant qu'être humain semblable aux autres êtres humains, et non en tant qu'individu singulier). Il se peut dans ces conditions que ce scientifique, influencé par une certaine idée de l'homme à laquelle il tient spécialement sans forcément d'ailleurs s'en apercevoir, ne se livre pas à l'observation et à l'interprétation de la réalité humaine et sociale étudiée avec toute l'objectivité souhaitée."*⁸³ Ce commentaire nous inspire une remarque. Nous soulignons l'expression *"sans forcément d'ailleurs s'en apercevoir"* qui nous oblige à la modestie pour ce qui concerne l'objectivité, pourtant souhaitée, de notre propos. Cependant, ce souci d'objectivité n'est pas incompatible avec un certain esprit critique, ce qui met en place une frontière subtile entre esprit critique et défense de ses convictions.

Des représentations, fruits d'une construction de l'univers agi et vécu, découlent des attitudes ou des comportements qui eux-mêmes participent à l'élaboration des représentations. Au cours de ce cycle de construction, les représentations "s'autonomisent" de l'objet perçu : elles deviennent une réalité à part entière. Cette indépendance explique le décalage qui peut exister entre réalité et représentations ; nous le constatons particulièrement avec les mythes, sorte de représentations particulières de la réalité. Le mythe est-il un mensonge par rapport à la réalité ? *"Si paradoxal que cela puisse paraître, le mythe ne cache rien : sa fonction est de déformer, non de faire*

⁸² SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p, p. 15.

⁸³ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 203-204.

disparaître. (...) Le rapport qui unit le concept du mythe au sens est essentiellement un rapport de déformation."⁸⁴ Mais, pour ce qui nous intéresse ici, à savoir le lien entre représentation et réalité, peu importe ; le caractère "mensonger" ou non n'est pas pertinent. Pour les représentations, c'est autant l'impact qu'elles ont dans l'esprit des individus qui attire notre attention que le fait qu'elles puissent déformer la réalité, car "*il n'y a malheureusement aucune antipathie entre le réalisme et le mythe.*"⁸⁵ Ce constat est lié à la double qualité des représentations pour le chercheur, elles sont tantôt un objet d'étude à part entière, tantôt un outil de travail pour l'étude d'un objet de connaissance. L'efficacité de l'outil "représentation sociale" pour comprendre les fonctionnements d'une société ne doit pas faire oublier l'existence de ce degré d'imprécision : la représentation est en elle-même une déformation de la réalité, c'est pourquoi celle-ci doit demeurer un référent, par l'observation des pratiques, pour sonder et actualiser la validité des représentations.

2) Difficulté de sonder les représentations de l'Autre dans le temps et dans l'espace

La représentation de l'Autre recouvre deux idées différentes. Il y a la représentation de l'Autre, au sens où l'Autre est ce que l'on n'est pas. Dans ce cas, l'objet d'étude considéré est l'Autre, le thème est alors celui de l'altérité. Il y a également le système de représentations de l'Autre, au sens où "comment l'Autre représente tel ou tel objet ?", cet aspect nous intéresse davantage. Dans ce cas, l'objet n'est pas l'Autre mais le couple formé par l'objet et la représentation de cet objet qui, en ce qui nous concerne dans cette étude, est l'idée de droit et d'espace approprié. Il s'agit de se questionner sur les représentations que l'on peut avoir des représentations de l'Autre. Peut-on savoir ce qu'il pense et rentrer dans son système de représentations ? La question de connaître et de comprendre l'Autre sans le déformer et sans le mesurer selon ses propres conceptions (ce qui est quasiment impossible) concerne les représentations et plus largement la culture juridique, construite en quelque sorte d'une multitude de représentations. D'un point de vue méthodologique, appréhender l'altérité et ses fondements relève naturellement de la démarche de l'anthropologie juridique. Sortir de soi, de sa culture, provisoirement, pour prendre de la distance avec ses propres codes, permet de considérer d'autres façons de voir mais aussi d'observer, par la suite, avec une plus grande acuité sa propre société : ce qui était évidence, ce dont on n'avait pas même conscience se révèle être digne de curiosité.

⁸⁴ BARTHES Roland, *Mythologies*, Paris : Seuil, 1957, 247p, p. 207. Les termes en caractères romains étaient en italiques dans le texte original.

⁸⁵ BARTHES Roland, *ibidem*, p. 223.

Grande est la difficulté de sonder les représentations des acteurs dans une période historique. La difficulté pour penser l'Autre dans sa différence est ancienne. *"Les peuples d'une culture n'imaginaient pas que l'on pût penser et vivre autrement qu'à leur manière ; ils pensaient les cultures lointaines à travers des mythes et à travers des légendes. Leur culture était "la culture", la seule manière humaine de penser, de sentir, et de vivre. Leur culture était tout naturellement, tout naïvement, dans leur orbite, la culture des hommes, une culture universelle, universelle à leur échelle. (...) Et quand, le temps passant, l'expérience venant, les hommes de notre culture ont découvert qu'au-delà de leurs horizons il y avait des peuples qui ne pensaient pas et ne vivaient pas à leur humaine manière, qui ne pensaient pas et ne vivaient pas comme des hommes, bien qu'ils en eussent tout l'air, ils leur ont décoché le nom de "barbares".*"⁸⁶ S'il nous paraît exact que la reconstruction a posteriori peut être erronée, la reconstruction est-elle évitable ? Le savant, immanquablement, se pose les questions de son époque. Peut-il faire autrement ? *"Mais ces modèles, c'est encore le savant qui les forge. Ce sont nos modèles d'aujourd'hui ; pas plus au XX^e qu'au XVII^e siècle, la science n'a cure de redécouvrir les formes de pensées d'autrefois, ni surtout l'idée ne l'effleure qu'elles puissent être supérieures aux nôtres.*"⁸⁷ Une autre précaution est de garder en conscience que les questions du 21^e siècle se sont pas celles du 13^e siècle. Précisons que si spontanément l'Autre se situe dans une autre aire géographique, la question se pose en des termes sensiblement identiques quand l'Autre l'est par un éloignement temporel : il est aussi difficile, par exemple pour une parisienne, de sonder les représentations d'un Saint-Louisien en 2004 que celles d'un Orléanais du 13^e siècle. *"Qui veut comprendre la forme et le sens des institutions juridiques d'une société a donc intérêt à les rapporter non aux institutions de sa propre société – le rapprochement serait superficiel – mais à l'univers de celle dans laquelle il les observe."*⁸⁸ C'est pourquoi il est toujours difficile de sonder les représentations Autres, qu'elles le soient pour des raisons spatiales ou temporelles.

La difficulté de sonder les représentations a des répercussions évidentes – autant en termes de quantité que de qualité des informations – sur le niveau de connaissance de la culture juridique de "l'Autre". Des situations intégrant une dimension spatiale et temporelle découlent des difficultés de méthode spécifiques. Les représentations d'époques historiques révolues dans des espaces éloignés de sa propre société nécessitent donc une double distanciation. *"Codifier, c'est à*

⁸⁶ POLIN Raymond, *La création des cultures*, Paris : PUF, coll. Questions, 1993, 282p, p. 187.

⁸⁷ VILLEY Michel, "Sur une maladie de la section historique du droit", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, 865p, p. 396-408, p. 402, (la note de bas page 1).

⁸⁸ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)", *Bulletin de liaison de LAJP*, n° 6, janvier 1983, p. 83-117, p. 91.

la fois mettre en forme et mettre les formes. Il y a une vertu propre de la forme. Et la maîtrise culturelle est toujours une maîtrise des formes. C'est une des raisons qui font que l'ethnologie est très difficile : cette maîtrise culturelle ne s'acquiert pas en un jour... Tous ces jeux de mise en forme qui, comme on voit avec l'euphémisme, sont autant de jeux avec la règle du jeu, et, par là, de doubles jeux, sont le fait des virtuoses. Pour se mettre en règle, il faut reconnaître sur le bout du doigt la règle, les adversaires, le jeu. S'il fallait proposer une définition transculturelle de l'excellence, je dirais que c'est le fait de savoir jouer avec la règle du jeu jusqu'aux limites, voire jusqu'aux transgressions, tout en restant en règle."⁸⁹ Au début du 20^e siècle, les conclusions étaient très imprégnées d'ethnocentrisme parce que la plupart des auteurs ne se détachaient pas de leurs catégories de pensées. Ce principe de détachement était et demeure une grande difficulté dans l'étude des représentations. Il l'est d'autant plus depuis que les représentations des sociétés occidentales sont, elles aussi, devenues un objet d'étude. Il est plus malaisé de se détacher de la société à laquelle on appartient : le regard est plus facilement "étranger", donc plus curieux, aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de sa propre société.

Pour préciser le contenu de la notion de représentation, il est possible et également efficace, au lieu d'en affiner les contours, de proposer une définition "en creux". En soulignant ce que ne sont pas les représentations : situer la notion par rapport à d'autres, expliquer dans quelles mesures elles sont en relation contradictoire ou complémentaire. Cette démarche est particulièrement utile pour la notion de représentation, en raison de sa "*position mixte*"⁹⁰, au carrefour d'une série de concepts sociologiques et psychologiques. La situation "*carrefour*" de la notion conduit à une certaine perméabilité de ses frontières : "représentation" évoque de nombreux autres termes. Leur examen permet de souligner le caractère englobant des représentations puisque la plupart de ces termes semblent concourir à la construction des représentations. Affirmer qu'ils en sont tous des éléments constitutifs pourrait conforter la position qui consiste à dire que la notion, totalisante, ne serait qu'un fourre-tout sans consistance qui, à la manière d'une éponge, contiendrait tous ces concepts. Si caractère d'inclusion il y a, il contribue seulement à souligner le dynamisme et la complexité de la notion qui se nourrit d'une myriade de phénomènes sociaux. Lors de l'étude de ces différents concepts afférents, une des questions consiste à se demander s'ils sont un des composants ou une notion équivalente aux représentations. Qu'il s'agisse de définir la notion de culture ou celle de représentation, les mêmes difficultés apparaissent : il est relativement facile de "sentir" ce que cela peut recouvrir, de façon intuitive ; en revanche,

⁸⁹ BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Paris : Édition de Minuit, 1987, 229p, p. 96. Voir note 32.

⁹⁰ MOSCOVICI Serge, "Les représentations sociales : définition d'un concept", art. cit. note 25, p. 81.

apporter une définition précise et généralisable l'est beaucoup moins. Tentons de déterminer quelles pourraient être les relations entre les notions de représentations et de culture.

§ 2 : *Représentations collectives et culture*

Représentation et culture sont souvent mises en relation, mais quel est le sens de cette relation ? Pourrait-on présenter les représentations comme un élément constitutif de la culture ? *"La culture doit donc être conçue comme comprenant, en vérité, tout cet ensemble plus ou moins cohérent d'idées, de mécanismes, d'institutions et d'objets qui orientent – explicitement ou implicitement – la conduite des membres d'un groupe donné. En ce sens, elle est étroitement liée à l'avenir aussi bien qu'à l'histoire passée du groupe puisqu'elle apparaît d'un côté comme le produit d'expérience (...) et que d'un autre côté elle offre à chaque génération montante une base pour le futur."*⁹¹ Nous considérons que le lien entre culture et représentations collectives existe. Quelques éléments iront dans ce sens, cependant, il ne s'agit pas d'apporter une relation rigide (A). Adopter cette attitude irait contre ce que nous avons suggéré à propos des méthodes en sciences humaines, et plus encore, irait peut-être à l'encontre de la relation même, entretenue entre les deux notions, essentiellement, *"instable et nébuleuse"*, la notion de culture étant elle-même très discutée et propice à débat quant au rôle laissé à l'individu (B)

A : **Notion de culture**

Le terme de culture est utilisé quotidiennement. La fréquence de son utilisation le vide de son sens, ou le lie à d'autres termes tout aussi équivoques comme peuvent l'être "civilisation" ou "institution". Il y a les définitions philosophiques : *"la culture dont le fondement véritable est la valeur sociale de l'homme ; [... et pourtant] toute culture, tout art formant une parure à l'humanité, ainsi que l'ordre social le plus beau, sont les fruits de l'insociabilité, qui est forcée par elle-même de se discipliner,"*⁹² mais ce genre de définition est difficilement exploitable, dans notre travail sur les représentations. Les approches qui peuvent nous être utiles sont celles qui prennent en considération les cultures dans leurs mouvements d'émergence, de rencontres et de répulsions : celles qui envisagent la notion sous l'angle de la pluralité des cultures, et non sous une forme unitaire et isolée. *"Bref, une culture est une réalité historique mortelle, localisée dans*

⁹¹ LEIRIS Michel, *Cinq études d'ethnologie*, Paris : Gonthier (Médiations 58), 1969, p. 39, cité par MARTIN Denis-Constant, JULES-ROSETTE Benneta, *Cultures populaires, identités...*, art. cit. note 72, p. 5.

⁹² KANT Emmanuel, "Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique", *Opusculs sur l'histoire*, Paris : Flammarion, 1990, (1^e éd. 1784), 1990, 245p, 75-77.

l'espace et dans le temps, un artefact créé naturellement, de génération en génération, par un ensemble d'hommes ouvert mais circonscrit, limité. C'est un fait humain. Mais il est exclu qu'il puisse apparaître et exister une culture relevant de l'humanité toute entière."⁹³ Dans cette perspective, nous faisons état du contexte d'émergence de la notion au 19^e siècle, de son évolution, mais également des mutations que les cultures peuvent connaître, à travers le phénomène d'acculturation.

1) Repères historiques pour une définition de la notion de culture

Selon Denys Cuche, au 19^e siècle, les sociologues et les ethnologues utilisent la notion de culture pour penser et expliquer la diversité humaine. C'est le Britannique E.B. Tylor qui, le premier, *"aborde les faits culturels avec une visée générale et systématique, (...) [en étudiant] la culture dans tous les types de sociétés et sous tous ses aspects, matériels, symboliques, et même corporels."*⁹⁴ En 1871, dans l'ouvrage *Primitive Culture*, il propose une première définition du concept de culture : *"Culture ou civilisation, pris dans son sens ethnologique le plus étendu, est ce tout complexe qui comprend la connaissance, les croyances, l'art, la morale, le droit, les coutumes et les autres capacités ou habitudes acquises par l'homme en tant que membre de la société."*⁹⁵ Sa définition qui se veut descriptive et objective, insiste sur le caractère collectif et acquis des éléments de la culture. Tout en adhérant à la conception universaliste de la culture du 18^e siècle, sa démarche s'inscrit dans les raisonnements évolutionnistes de son époque. Pour Tylor, la notion de culture est un instrument de comparaison des sociétés entre elles. *"Il se fixait pour objectif d'établir au moins une échelle grossière des stades de l'évolution de la culture."*⁹⁶ Franz Boas reprend la définition de E.B. Tylor, notamment le caractère acquis de la culture, mais rejette ses théories évolutionnistes : il préfère étudier *"les"* cultures plutôt que *"la"* culture ; il souligne la singularité de chacune d'entre elles et le relativisme qu'elle implique. Cette démarche, novatrice à l'époque, n'est pas sans danger : elle conduit à fixer les éléments culturels, à isoler les cultures en niant les possibilités de mutation induites par les échanges.

En France, pour des raisons idéologiques qui prônent l'universalisme et des politiques culturelles assimilationnistes, confortées par une tradition de centralisation, le terme de "culture" est peu utilisé jusque dans les années 1930. L'idée est néanmoins suggérée sous d'autres appellations.

⁹³ POLIN Raymond, *La création des cultures*, op. cit. note 86, p. 43.

⁹⁴ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 17.

⁹⁵ TYLOR E.B., *La civilisation primitive*, Paris : Reinwald, 1876-1878 (1^e éd. anglaise 1871), cité et traduit par CUCHE Denys, ibidem, p. 16.

⁹⁶ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 17.

Émile Durkheim et Marcel Mauss reconnaissent l'existence d'un "*ensemble de phénomènes sociaux*" propre à chaque peuple, qu'ils appellent la "*civilisation*". La notion de "*mentalité*" de Lucien Lévy-Bruhl n'est pas très éloignée de l'acception ethnologique de "culture" qu'il n'utilisait pratiquement pas. A ce niveau de réflexion, précisons la relation que la notion de culture entretient avec celle de représentation. Denys Cuche fait référence aux travaux de Lévy-Bruhl pour définir la notion, mais nous avons déjà vu que ce que Lévy-Bruhl appelle "*mentalité*" intéresse également les auteurs qui travaillent sur les représentations. D'autre part, dans le sens d'une convergence des deux notions, on constate que la définition attribuée à la culture par les penseurs des Lumières, influencés par l'édition de 1798 du dictionnaire de l'Académie française en 1798, "*une somme de savoirs accumulés et transmis*"⁹⁷, est très proche de celle que donne Denise Jodelet des représentations sociales, "*une forme de connaissance socialement élaborée et partagée*."⁹⁸

Cette proximité de définition ne peut cependant pas nous conduire à conclure à une synonymie ; les deux concepts ne sont pas interchangeables. S'il fallait décrire leur relation, on pourrait avancer qu'elle est inclusive puisque la notion de culture semble englober celle des représentations. En d'autres termes, la culture serait le terreau de ces dernières. Pour autant, cette hypothèse à sens unique n'est pas satisfaisante car il est tout aussi envisageable d'affirmer que la culture se nourrit du système de représentations. Vouloir identifier une relation chronologique ou causale entre les deux notions (qui est à l'origine de qui ?) est réducteur et non révélateur, sortie de tout cas concret. Pour l'heure, on peut retenir que la culture est un ensemble d'éléments, un contenu, que les représentations permettent d'appréhender comme à travers un prisme. La question de leur relation concrète émergera tout au long de l'étude des représentations particulières du droit et de l'espace. L'imbrication des deux notions est renforcée par certaines propriétés communes. Nous avons vu que les auteurs actuels insistent sur la capacité de transformation des représentations. C'est également une caractéristique reconnue à la notion de culture, dans les travaux sur l'acculturation.

2) Dynamisme des représentations et acculturation

Les premiers auteurs qui s'intéressent à la notion de culture cherchent à établir des grilles de comparaison interculturelle : c'est pourquoi leur souci est de déterminer les caractères originaux de chaque culture. Dans ce contexte, ils considèrent les phénomènes d'échanges et de contacts

⁹⁷ Cité par CUCHE Denys, *ibidem*, p. 9.

⁹⁸ JODELET Denise (dir.), *Les représentations sociales*, op. cit. note 9, p. 36.

comme néfastes dans la mesure où ils rendent moins lisibles les spécificités culturelles et compliquent l'élaboration de modèles. Cependant, cette recherche de "pureté" et donc de refus de changement, fixe les cultures de façon artificielle. C'est l'argument qui est avancé à l'encontre des thèses culturalistes. *"Si l'on se réfère à son étymologie, ce terme (la culture), d'origine coloniale, sous-entend l'idée du passage des "primitifs", qui sont à "l'état de nature", vers la civilisation associée à la culture européenne, prise non comme une civilisation mais comme la civilisation. Le processus d'acculturation correspondrait, dans cette perspective, à un progrès au cours duquel la "société primitive" évoluerait, se rapprocherait du modèle occidental."*⁹⁹ Cette définition à consonance évolutionniste a été proposée par l'Américain Powell en 1880.

La notion d'acculturation proprement dite fait l'objet d'un Mémoire en 1936 par le Conseil en sciences sociales des États-Unis, la définition est alors élargie. La définition qui en est donnée est désormais descriptive, sans connotation négative ou positive : *"L'acculturation est l'ensemble des phénomènes qui résultent d'un contact continu et direct entre des groupes d'individus de cultures différentes et qui entraînent des changements dans les modèles (patterns) culturels initiaux de l'un ou des deux groupes."*¹⁰⁰ Cette définition historique a par la suite été affinée ; aujourd'hui, l'acculturation *"désigne le contact de deux cultures qui agissent et réagissent l'une et l'autre, pour donner un produit hybride où la culture de base intègre les éléments européens sans pour autant perdre ses caractères originaux. Elle est perçue, dès lors comme un processus dynamique, un phénomène global qui engage toute la société. De fait, on peut caractériser l'acculturation par deux éléments complémentaires. L'hétérogénéité des cultures qui entrent en contact ; la domination de l'une sur l'autre. Ce qui permet de considérer l'acculturation comme un phénomène d'interaction conflictuelle entre les deux cultures."*¹⁰¹ Cette définition met l'accent sur une relation de tension entre les cultures en présence dans le phénomène d'acculturation.

Se référant à Lévy-Bruhl, Michel Alliot met l'accent sur le mécanisme juridique de l'acculturation et définit l'acculturation comme une *"transformation globale d'un système juridique due au contact d'un système différent."* Elle se distingue de l'emprunt qui porte seulement *"sur une institution particulière."*¹⁰² Il ajoute que par *"transformations globales et,*

⁹⁹ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique...*, op. cit. note 46, p. 3. (acculturation)

¹⁰⁰ HERSKOVITS M. et alii, *Memorandum on the Study of Acculturation*, American Anthropologist, vol. 38, n° 1, 1936, p. 149-152, cité et traduit par CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 54.

¹⁰¹ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique...*, op. cit. note 46, p. 3. (acculturation)

¹⁰² ALLIOT Michel, "L'acculturation juridique", POIRIER Jean (dir.), *Ethnologie générale*, Paris : Gallimard, 1968, p. 1180-1236, p. 1181.

donnant à cette définition son sens plein, entendons un phénomène non pas seulement quantitatif mais qualitatif, non la seule substitution d'un système à un autre comme il est arrivé auparavant dans l'histoire des annexions, mais un changement de niveau de conscience juridique, dont le type serait le passage d'un système organisé au niveau des sociétés traditionnelles à un système qui se développe rapidement au niveau de nos propres sociétés." Michel Alliot précise ensuite le processus en distinguant trois degrés d'acculturation : soumission, assimilation et réinterprétation *"qui correspondent aux trois degrés du monde de la loi [mais] "il faut se garder de croire à l'existence de trois types d'acculturation qui s'excluraient mutuellement.""*¹⁰³ La définition purement technique de l'acculturation juridique ne nous paraît pas satisfaisante dans la mesure où elle a procédé le plus souvent à un rapport de force entre deux cultures où l'une a été obligée de s'incliner. L'acculturation juridique est aussi politique.

L'acculturation constitue un des aspects du changement culturel : celui-ci peut résulter de causes endogènes tel que le proposait Émile Durkheim mais également de causes exogènes. C'est cette relation avec l'extérieur, avec l'Autre, qui est à l'origine à proprement parler de l'acculturation. En second lieu, l'acculturation ne se fait a priori pas à sens unique : chaque culture peut, en théorie, dans le cadre de cet échange, à la fois donner et recevoir. Cette réciprocité est parfois oubliée dans la mesure où des situations historiques comme la colonisation ont déséquilibré le phénomène au profit d'une culture, politiquement dominante. Aujourd'hui, le déséquilibre persiste entre les termes de l'échange : il découle également de la domination économique des puissances politiques. De ce déséquilibre pourrait résulter la connotation péjorative des termes de la famille du mot "acculturation", où le préfixe "a-" aurait la fonction de a- privatif et impliquerait la disparition de la culture d'origine. Cette hypothèse, plausible, est à compléter avec celle, plus optimiste – utopique ? – où le préfixe "a-" serait la contraction du "ad-" latin et a pour fonction d'indiquer le mouvement de rapprochement¹⁰⁴. L'acculturation fait des cultures des entités dynamiques, *"ni immuables, ni étanches les unes aux autres ; au contraire elles sont liées, elles interagissent et ce sont ces interactions mêmes qui sont le moteur de leurs évolutions."*¹⁰⁵ Dans le sens du dynamisme des cultures, pour Denys Cuche, reprenant à son compte Roger Bastide, le triple mouvement de *"structuration, déstructuration, restructuration"*¹⁰⁶ serait à l'origine de l'élaboration de toute culture. Le vocabulaire suggère

¹⁰³ ALLIOT Michel, *ibidem*, p. 1184.

¹⁰⁴ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique...*, op. cit. note 46, p. 3.

¹⁰⁵ MARTIN Denis-Constant, "Pratiques culturelles et représentations du politique", CEFAÏ Daniel, *Cultures politiques*, Paris : PUF, coll. La politique éclatée, 2001, 528p.

¹⁰⁶ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 64.

celui des théories de Claude Lévi-Strauss mais Roger Bastide prend de la distance avec la conception de structure car il la juge trop statique.

B : Notions connexes à culture

"Pour en finir avec la notion de culture"¹⁰⁷, nous ne pouvons pas ne pas évoquer le fait que ceux qui s'efforcent de la définir sont le plus souvent conduits à établir des listes de tout ce que peut recouvrir la culture. Cette tentative de définition par Raymond Polin l'illustre particulièrement. *"Elle [la culture] se manifeste sous la forme de croyances, de convictions, de religions, de passions propices à la création de mythes, de dogmes et de règles."*¹⁰⁸ D'autre part, la tentation est forte de mettre la notion en relation avec d'autres qui lui semblent proches et bien souvent aussi délicates à définir que celle de culture, pensons notamment à la "civilisation" et à l'"institution". Enfin, la confusion s'accroît lorsque l'on considère la variété des terminologies utilisées par les différents auteurs. *"Pierre Bourdieu n'utilise que rarement le concept anthropologique de culture. Dans ses écrits le mot "culture" est pris généralement dans un sens plus étroit et plus classique renvoyant aux "œuvres culturelles", c'est-à-dire aux productions symboliques socialement valorisées qui relèvent du domaine des arts et des lettres. (...) Quand Bourdieu entend traiter de la culture au sens anthropologique, il recourt à un autre concept, celui d'habitus."*¹⁰⁹ Avant de s'intéresser plus spécifiquement à la notion de culture juridique proprement dite dans notre prochain chapitre, établissons les liens que la notion de culture entretient avec celle de civilisation (1) et d'institution, nécessaires à la compréhension des phénomènes de mythologies juridiques (2).

1) Civilisation : mécanismes d'oubli et de mémoire

De la même façon que le terme "culture" pose des difficultés définitionnelles, celui de "civilisation" a aussi une histoire tourmentée, dans la mesure où il a été utilisé pour l'opposer à celui de "barbarie" où aucune trace d'humanité ne serait présente et où il faudrait justement en rétablir les fondements.

¹⁰⁷ En référence au titre de l'ouvrage de Régine Pernoud *Pour en finir avec le Moyen Age*, Paris : Seuil, 1977, 151p où l'auteur réhabilite le Moyen Age en démontant un à un les préjugés dont cette période fait couramment l'objet. Nous lions les mécanismes de reconstruction a posteriori au processus d'émergence des mythes qui constitue le cœur du chapitre 1 : Institution et mythes de la rationalité juridique.

¹⁰⁸ POLIN Raymond, *La création des cultures*, op. cit. note 86, p. 39.

¹⁰⁹ CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, op. cit. note 33, p. 81.

La tradition juridique se présente comme une accumulation de données qui ne sont pas éliminées. En appliquant ce principe au phénomène juridique, Pierre Legendre, en opposition à une *"conception linéaire de l'histoire"*, propose *"une conception sédimentaire de l'histoire"*. Inspirée des méthodes géologiques, *"la perspective change, car cela signifie que la structure dogmatique n'oublie rien. (...) Coutumier ou codifié, le droit se trouve inscrit à la fois comme répétition et renouvellement incessant, autrement dit comme système de sédimentation agencé et perpétué par le travail d'interprétation des juristes. Par "interprétation", entendons d'abord les phénomènes d'exégèse, pris dans son propre cadre structural, dogmatiquement entretenu. (...) Encore faut-il saisir pourquoi le raisonnement juridique tend de plus en plus vers des justifications à caractère techno-scientifique, qui nous font oublier la marque dogmatique proprement dite et conduisent à se méprendre sur la fonction juridique dans la civilisation ultramoderne."*¹¹⁰

Cette approche peut être liée aux développements de Mary Douglas sur les notions de *"science et amnésie"* où elle s'interroge sur la constitution d'un savoir collectif en mettant l'accent sur les phénomènes d'oubli et de mémoire. Elle rappelle que *"reconnaître que l'individu est impliqué dans la construction de l'institution dès le premier stade de la connaissance ne peut qu'aider à la compréhension de la cognition individuelle. Même les simples activités de classement et de mémorisation sont institutionnalisées."*¹¹¹ Cependant, elle relativise aussitôt le rôle individuel, pour insister sur l'importance du *"phénomène d'oubli massif. (...) L'oubli ne se fait pas au hasard. Mémoire et oubli dépendent d'un système mnémonique constitué par l'ordre social dans son ensemble."*¹¹² En définitive, Mary Douglas s'interroge sur la raison pour laquelle *"notre connaissance de nous-mêmes est si partielle. Cette raison est que nous transférons à des institutions la tâche de penser."*¹¹³

2) Institution et individu

Le travail d'accumulation des données constitutives d'une culture pose la question des mécanismes de rejet ou au contraire d'assimilation de tel ou tel élément. Qui décide ? Comment le processus opère-t-il ? Les auteurs qui se sont interrogés sur ces questions considèrent que le phénomène, tout en récusant l'existence d'un *"esprit universel"*, associe l'idée de culture à la

¹¹⁰ LEGENDRE Pierre, "Les dessous du raisonnement juridique", TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, Paris : Publication de la Sorbonne, 2001, 189p, p. 181-189, p. 185-186.

¹¹¹ DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, op. cit. note 38, p. 84.

¹¹² DOUGLAS Mary, *ibidem*, p. 87-88.

¹¹³ DOUGLAS Mary, *ibidem*, p. 99.

liberté intrinsèque des hommes. *"Une culture est une œuvre, une création "artificielle" et, comme toutes les œuvres, [elle naît] de la liberté des hommes."*¹¹⁴ Cette vision qui donne un rôle prépondérant à la liberté de choix de l'homme nous paraît par trop idéaliste. Les propositions de Mary Douglas sur le rôle de l'individu dans la constitution de la culture et de la pensée collective, qu'elle préfère désigner sous le terme "d'institution", sont moins optimistes sur la question du libre arbitre, mais nous paraissent plus réalistes. Son principal argument consiste à dire que *"les individus se déchargent en général de ces décisions sur les institutions. Aucun raisonnement privé ne peut y trouver de réponse. Les décisions de justice les plus profondes ne sont pas prises par les individus en tant qu'individus mais par les individus qui pensent à l'intérieur et au nom des institutions. (...) Ne nous laissons donc pas rassurer par l'idée que les primitifs penseraient à travers leurs institutions tandis que les modernes prendraient individuellement leurs décisions essentielles. Cette idée est précisément un exemple du fait que nos institutions individualistes pensent à notre place."*¹¹⁵

Nous retrouvons dans le rapport individu/institution le rapport déjà évoqué entre individu et représentations. Celles-ci, comme les institutions, "pensent" pour les individus ou du moins leur proposent des classifications de compréhension du réel. Mary Douglas souligne que *"[nos] interactions sociales consistent, pour une large part, à énoncer ce qu'il est juste de penser et à condamner les idées fausses. C'est ainsi que nous formons nos institutions, moulant les pensées de chacun dans une forme unique, de façon à prouver la justesse d'une idée simplement par le nombre des assentiments indépendants qu'elle rencontre. La revendication de notre indépendance intellectuelle est si bien reconnue comme le fondement de notre vie sociale qu'elle est l'origine de la philosophie morale. C'est pourquoi l'idée de Durkheim selon laquelle un groupe social agit comme un être pensant unique nous répugne tant."*¹¹⁶ Le rejet de cette proposition d'Émile Durkheim s'explique *"parce qu'en revalorisant le rôle de la société dans l'organisation de la pensée, il dévalorisait le rôle de l'individu, il fut taxé de rationalisme subversif. Mais comme il n'avait pas précisé les étapes de son raisonnement fonctionnaliste, il s'attira également le reproche inverse, celui d'avoir un penchant pour l'irrationalisme. En effet, il semblait invoquer une entité mystique, le groupe social, et lui conférer des pouvoirs supra-organiques et autonomes."*¹¹⁷

¹¹⁴ POLIN Raymond, *La création des cultures*, op. cit. note 86, p. 43.

¹¹⁵ DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, op. cit. note 38, p. 139.

¹¹⁶ DOUGLAS Mary, *ibidem*, p. 107.

¹¹⁷ DOUGLAS Mary, *ibidem*, p. 34.

Ainsi, ni l'individu, ni la collectivité ne sont autonomes pour penser leurs représentations sociales. Croire en l'existence de l'autonomie de l'un ou l'autre constitue un écueil à éviter : les groupes sociaux et les institutions qui les structurent dans la longue durée d'une part, et l'ensemble des actions individuelles, orientées par la diversité des parcours personnels d'autre part, sont en permanentes inter-actions ; cloisonner leur étude élude la complexité de leurs relations. Nous pouvons illustrer ces relations entretenues dans le groupe constitué par les professionnels du droit. Il existe un ensemble de représentations relatives à ce groupe ou transmises à l'intérieur de ce groupe par ses membres qui donne de bons indicateurs sur ce que recouvre la notion de culture juridique au regard des représentations du droit.

Chapitre 2 : Culture juridique des juristes

La culture juridique renvoie aux représentations que les juristes ont du droit. Parce que leurs activités les conduisent nécessairement à avoir une perception différente de celle que peuvent avoir les non-juristes à propos du droit, il nous paraît, dans un premier temps, judicieux de distinguer ces deux formes de savoirs. Cependant, il faut se méfier des catégorisations trop hermétiques. Les deux sphères entretiennent des contacts étroits, d'un point de vue pratique et d'un point de vue théorique. Dans le premier cas, il s'agit de ne pas oublier que les juristes ne le sont pas en permanence, en d'autres termes, la culture juridique qu'ils peuvent avoir se nourrit de la culture au sens large. Ce à quoi il faut ajouter que les deux groupes sont en relations quotidiennes, ainsi on observe de nombreux échanges entre les représentations. Ce dernier aspect concerne les considérations théoriques à propos du droit. Les juristes se posent des questions spécifiques sur le droit, des questions que ne se posent pas les non-juristes. En revanche, les réponses à ces questions spécialisées sont amenées à "transpirer" lors des relations avec les non-juristes. C'est pourquoi nous considérons que la culture juridique des juristes a une influence sur les représentations du droit en général, ce qui nous conduira à montrer que le droit constitue en lui-même un système de représentations. Dans ce chapitre, après avoir précisé la notion même de culture juridique et le lien entretenu avec les juristes (section1), nous montrerons en quoi la culture juridique a une influence sur la définition du droit et ses représentations en général, notamment en soulignant les fondements des différents courants juridiques (section 2).

Section 1 : Culture juridique et diversité des juristes

Nous avons vu ce que recouvrent les représentations ; la culture juridique mérite également quelques précisions. L'objectif de cette section est de préciser ce qu'on entend par culture juridique et de déterminer quels sont les acteurs principaux en jeu dans cette thématique. Nous ferons des rapprochements avec des notions proches qui permettent d'éclairer ce que recouvre la culture juridique (§ 1) et soulignerons principalement l'image des acteurs-juristes concernés, dans leur diversité, par la culture juridique (§ 2).

§ 1 : Éléments pour une définition de la notion de culture juridique

Le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* distingue la culture juridique de la pensée, de la dogmatique et de la doctrine juridique. Selon l'auteur de l'entrée du dictionnaire, la culture juridique peut être externe ou interne. Seule la seconde est spécifique aux professions juridiques, et dans ce cas, "*on entend l'ensemble des valeurs, des principes, des idéologies relatives au droit et des lexiques.*" La culture juridique externe qui serait "*un élément de coutume d'une communauté soumise à des règles juridiques communes*"¹ n'est pas davantage développée. En revanche, le contenu de la culture juridique interne est précisé ; il recouvre différents phénomènes juridiques : l'ensemble des doctrines et systèmes conceptuels, l'ensemble des interprétations, l'ensemble des modèles de raisonnement, l'ensemble des lexiques spécialisés, l'ensemble des valeurs partagées par les juristes. Selon la littérature existante, il semblerait que ce que nous appelons "culture juridique des juristes" renvoie à la notion de "culture juridique interne", c'est-à-dire celle des professionnels et praticiens du droit. Souligner les difficultés rencontrées pour étudier cette notion participe à la compréhension de notre démarche pour circonscrire les contours de la culture juridique (A) et établir les liens existants entre culture juridique, tradition juridique ou encore code culturel (B).

A : La difficulté de définir la culture juridique

Robert Vachon, en s'appliquant à décrire la démarche pour sonder les cultures juridiques, donne des indices pour déterminer ce que pourrait recouvrir la notion de culture juridique. "*Lorsqu'on*

¹ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, 758p, p. 139, (entrée "culture juridique", auteur : Giorgio Rebuffa).

essaie de comprendre le sens d'un texte, des faits qu'on a rassemblés, ou d'une expérience humaine en dehors de sa culture propre, on ne saurait assumer que les règles du jeu qui gouvernent l'interprétation de ce texte, de ces faits, ou de cette expérience, soient les mêmes, à moins qu'on sache déjà qu'elles sont les mêmes. Il faut donc examiner à fond tous nos postulats, nos structures mentales et nos mythes, de part et d'autre pour voir s'ils sont les mêmes ou pas. Il faut prendre conscience de l'originalité profonde non seulement de leurs processus et logique socio-juridique (systèmes et structures propres) mais aussi de leurs visions, horizons ou univers juridiques, en un mot de leur culture juridique propre et de ses mythes."² Pierre Legendre donne des indications sur ce que pourrait être la culture juridique en décrivant l'état d'esprit qui doit présider à l'étude "*des vieux systèmes juridiques*". Leur connaissance ne pourra se départir de celle de "*l'univers de sentiments collectifs (prestige du légiste, diversification des attitudes à l'égard des décisions administratives, juridictionnelles, etc.) impossible à "gommer". C'est pourquoi, le détour par la méthode historique, usuelle en son point de départ demeure une nécessité.*"³ Dans le prolongement de ces commentaires, les questionnements relatifs aux décalages entre les discours et les pratiques qui nous sont apparus pour préciser le contenu de la notion de culture juridique (1), sont à la source des difficultés pour proposer une définition de la culture juridique (2).

1) Pratiques, discours et représentations chez les juristes

Les considérations sur les différents décalages se situent dans la continuité de notre remarque sur le glissement de l'objet des représentations. L'intérêt se porte non seulement sur l'objet des représentations mais aussi sur le pourquoi de celles-ci ; cette attitude transforme les représentations en objet d'étude à part entière. Pour nous, les objets considérés sont donc le droit mais aussi les représentations qui y sont relatives. Il est nécessaire de définir cet objet "droit" à partir duquel l'étude débute. Une des difficultés découle de l'ambivalence du droit qui est à la fois un corps de règles applicables et l'objet d'étude de la science juridique. Ces postures impliquent nécessairement des approches variables sur le phénomène juridique. Des décalages existent, ils concernent aussi bien les juristes qui appliquent le droit que ceux qui le considèrent comme un objet d'étude.

² VACHON Robert, "L'étude du pluralisme juridique. Une approche diatopique et dialogale", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 29, p. 163-173, 1990, p. 168

³ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard, coll. Les savoirs, 1992, 638p, p. 546.

La distinction entre monde des juristes et populations, même si nous la nuancions et la considérons surtout à titre heuristique, traduit bien la volonté de mettre en relation ce que l'on dit être le droit et ce que l'on fait de ce même droit dans la pratique, que ce soit du côté des professionnels ou des usagers du droit. Mais la distinction ne tient pas si elle reste à ce niveau d'imprécision, dans ces deux mondes que l'on oppose par facilité ; la situation n'est ni homogène, ni statique. Les représentations y sont également diversifiées et complexes. Partant de là, on saisit mieux l'importance qu'il peut y avoir à préciser l'attitude des différents acteurs et à comprendre l'origine d'une décision. Notre volonté est de montrer que même dans une idéologie dominée par la suprématie de la norme écrite, les juristes ont eu recours et ont recours à des manières de faire et de penser qui ne vont pas nécessairement toujours dans le sens d'une application stricte du texte. L'intérêt d'une telle affirmation ne se révèle qu'au travers d'exemples qui entrent dans le fonctionnement et les raisonnements juridiques. Les juristes sont pris entre les deux feux de la légalité et de la légitimité ; cette dernière, les concernant, naît de la tradition et du poids du temps. C'est la question de la distinction entre le droit tel qu'il est proposé par les textes juridiques, et le droit tel qu'il est appliqué et finalement produit, par les différents professionnels du droit. *"Celle-ci [la précompréhension] est notamment le produit de la culture juridique à laquelle des individus ont accédé par l'entremise de leurs études de droit – lesquelles opèrent la socialisation professionnelle du juriste et, à travers la promotion d'un système signifiant, assurent la formation de son identité culturelle au moyen de l'acquisition d'un code de valeurs et d'un ensemble de préjugés."*⁴ Nous voudrions mettre en évidence le décalage entre les discours, et partir à la recherche de ce droit sous-jacent. Puisqu'il s'agit de sonder les représentations du droit des juristes eux-mêmes, dans une perspective historique, cette étude, à défaut d'être une anthropologie des juristes, pourrait être définie comme *"une histoire des idées juridiques."*⁵ Celui qui tente une telle étude est lui aussi confronté à un autre décalage.

Une des difficultés est liée au dogmatisme inhérent au droit qui interdirait la critique et concerne le décalage entre réalité et recherche. *"Le thème du conformisme mental des juristes pourrait évidemment être développé à l'envi : des études sociologiques notamment pourraient être citées se rapportant à la formation, au milieu social, au mode de désignation et de formation des*

⁴ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p, p. 90.

⁵ L'expression "histoire des idées juridiques" est calquée sur les enseignements relatifs à "l'histoire des idées politiques". Cette dernière fait l'objet de cours en premier cycle. Dans les cours d'histoire du droit, l'histoire est davantage celle des institutions et rarement celle des idées juridiques qui sont, en fait, abordées dans les cursus de philosophie, par des non-juristes. Quant aux juristes, ils doivent attendre les troisièmes cycles pour espérer raisonnablement se pencher plus en profondeur sur les questionnements relatifs à la théorie et la philosophie du droit.

magistrats. *Tel n'est cependant pas notre objectif. Qu'il nous suffise de repérer, en quelques témoignages, la fécondité du propos de M. Legendre aux fins de bien établir la syntaxe de la croyance au Texte et le profil de ses agents : le Pontife et les Docteurs. On pourra modifier la formation, le mode de recrutement et d'avancement des magistrats ; si l'on ne modifie pas (est-ce possible ?) l'objet de la croyance, les juges (et plus généralement les juristes) continueront à fonctionner comme Docteurs.*"⁶ La question du modèle cognitif concerne le chercheur. La déformation du réel par le savant peut aussi avoir comme centre, non pas le chercheur, mais celui que ce dernier désigne comme objet de sa recherche. Nécessairement, le discours, appuyé par les représentations relatives au droit, est une construction. *"Le réel n'est jamais "ce qu'on pourrait croire" mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser. La pensée empirique est claire, après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit.*"⁷ La question n'est pas de porter un jugement sur ce décalage, mais d'avoir en conscience que le phénomène de *l'artefact* est partie prenante de la compréhension du réel dont nous avons finalement une connaissance tacite. Partant de là, il s'agit de détailler ce que recouvrent les différents moments du phénomène juridique, pour tenter de réduire les effets de construction et reconstruction de la réalité, en distinguant le droit comme discours sur la connaissance, le droit comme technique et le droit tel qu'il est vécu. Ces trois niveaux juridiques pourraient être regroupés dans ce que nous désignons comme culture juridique, dont nous voudrions préciser maintenant le contenu en confrontant la notion à celles utilisées par les auteurs soucieux de cette approche large du droit.

2) Une définition de la culture juridique

Dans ses travaux sur les juristes québécois au 19^e siècle, Sylvio Normand retient comme définition de la culture juridique, "[les] *manières de faire et de penser des membres de la communauté juridique*".⁸ Cette dernière est constituée des "*personnes qui, partageant des valeurs et un savoir communs, s'adonnent à la pratique du droit (avocats, notaires, juges). Les membres de cette communauté se reconnaissent comme appartenant au groupe et sont aussi reconnus comme faisant partie du groupe par des personnes externes à la communauté*

⁶ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, 590p, p. 246-247.

⁷ ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 118p, p. 17.

⁸ NORMAND Sylvio, "Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle", MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte Foy : PUL, 1998, 244p, p. 221-235, p. 221. Le fait que les juristes québécois s'intéressent depuis longtemps à la notion de culture juridique, en tout cas beaucoup plus que les auteurs français, s'expliquent par la situation isolée du droit civil dans le contexte juridique canadien, largement anglophone et influencé par la Common Law.

juridique."⁹ Pour Bjarne Melkevik, la culture juridique s'entend comme "*l'ensemble des compréhensions qu'ont du droit et de ses représentations institutionnelles les membres d'une collectivité de sujets de droit qui s'affirment réciproquement comme auteurs et destinataires du droit (...)*".¹⁰ Cette approche est le point de départ de notre démarche ; mais au fil de la thèse, nous élargissons son contenu dans la mesure où nous ne réduisons pas notre intérêt aux seuls praticiens. D'une part, les théoriciens du droit semblent également avoir leurs mots et leurs pratiques à exprimer en matière de culture juridique. D'autre part, concernant justement les pratiques juridiques, celles-ci nous intéressent aussi bien s'agissant des justiciables que des membres de la communauté juridique. Considérant ces derniers, d'autres notions entrent en ligne de compte dans le contenu de la culture juridique.

B : Notions voisines de la culture juridique

Les auteurs n'ont pas tous développé la notion de culture juridique, on en trouve en effet peu qui utilisent le terme. Cependant, derrière d'autres vocables il est possible de discerner des définitions ou des mécanismes qui se rapprochent de notre centre d'intérêt. La culture juridique n'y est pas désignée mais leurs remarques à propos de la tradition, de la mentalité juridique donnent à réfléchir sur la culture juridique. L'expression "tradition juridique" paraît être un possible synonyme de la culture juridique ; sous réserve de qualifier la culture au regard d'une communauté spécifique qui obéit à un code culturel (2). En revanche, ce que nous entendons par "institution", notion chère à l'anthropologue Mary Douglas, exige plus de précision pour déterminer ses rapports avec la culture juridique (1).

1) Rôle de "l'institution" dans l'émergence d'une culture juridique

L'institution, parce qu'elle est porteuse d'éclairages sur le fonctionnement de la société, est aussi une notion clef dans l'architecture juridique. Elle a fait l'objet de nombreuses études qui ont abouti à des conclusions très différentes, selon les disciplines et les intentions des auteurs. Ici, il faut privilégier celles qui offrent des approches relativement larges et, par conséquent, non spécifiquement juridiques, dans la mesure où il s'agit d'inscrire le fait juridique dans l'ensemble plus large que représente la société. "*L'institution est un système de règles qui se rapportent à un même fait social et qui s'articulent autour d'une finalité unique.*"¹¹

⁹ NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 222.

¹⁰ MELKEVIK Bjarne, "Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques " MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, op. cit. note 8, p. 9.

¹¹ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*. op. cit. note 6, p. 178.

Santi Romano a une vision extrêmement large de l'institution ; il considère que "*tout être ou corps social*"¹² peut être considéré comme tel... Pour nous, il ne s'agit pas de mettre en œuvre une typologie de ce que peut recouvrir l'institution mais de sélectionner les éléments qui permettent d'entrevoir ce sur quoi repose la croyance dans le droit. Parmi ces éléments, citons les rapports que peuvent entretenir droit et institution et les caractères de cette dernière. Maurice Hauriou considère l'institution dans le cadre du débat relatif à la production et à la création du droit : "*ce sont les institutions qui font la règle de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions.*"¹³ Pour Carl Schmitt qui s'inspire pourtant des conceptions de Maurice Hauriou, l'institution n'a pas de caractère dynamique¹⁴. Il présente cette absence comme une déficience et préfère parler de "*d'organisation concrète*" ; cependant, on ne demande pas toujours à l'institution d'être nécessairement dynamique car elle a aussi une fonction de fondation de la société. L'analyse de Maurice Hauriou est plus complexe dans la mesure où les institutions sont guidées par "*l'idée d'œuvre à réaliser*" qui intègre à la fois un élément statique, dans l'idée, et dynamique, dans l'œuvre à réaliser. Cet élément, producteur de légitimité, permet à l'institution de créer un lien d'attachement et de fidélité du groupe à cette valeur commune.

L'institution, selon la définition de Cornélius Castoriadis¹⁵, est intéressante parce qu'à côté de l'aspect fonctionnel, elle introduit des notions comme le symbolique et l'imaginaire. Dans ce sens, l'institution se rapproche de la culture juridique car elle met en œuvre le système des représentations. "[Rien] ne permet de déterminer a priori l'endroit où passera la frontière du symbolique, le point à partir duquel le symbolique empiète sur le fonctionnel. [... Mais quel que fut ce point], par delà l'activité consciente d'institutionnalisation, les institutions ont trouvé leur source dans l'imaginaire social. Cet imaginaire doit s'entrecroiser avec le symbolique, autrement la société n'aurait pas pu "*se rassembler*", et avec l'économie-fonctionnel, autrement elle n'aurait pas pu survivre."¹⁶

¹² ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Paris : Dalloz, 1975, 174p, p. 25.

¹³ HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen : Centre de philosophie juridique et politique, 1986, p. 128, réédition des textes de 1926, cité par BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, 328p, p. 176.

¹⁴ SCHMITT Carl, *Les trois types de pensée juridique*, Paris : PUF, 1995 (1^{er} éd.1934), 115p, p. 107.

¹⁵ "*L'institution est un réseau symbolique, socialement sanctionné, où se combinent en proportion et en relation variables une composante fonctionnelle et une composante imaginaire.*" CASTORIADIS Cornélius, *L'institution imaginaire de la société*, Paris : Seuil, 1975, 502p, p. 184.

¹⁶ CASTORIADIS Cornélius, *ibidem*, p.172-183.

La question du symbolisme et de l'imaginaire, ici soulignée par Castoriadis, n'est pas sans rappeler les modalités de construction des archétypes sociétaux développés par Michel Alliot, eux-aussi fondés sur des structures mentales relevant de mythes et de croyances. *"S'il y a un trait commun entre toutes les sociétés, c'est bien que chacune construit son propre univers mental, porteur de modèles fondamentaux et dispensateur de sens, que révèlent à la fois la vision du monde visible et invisible de chacun de ses membres, sa vision des peuples, de sa société, des groupes auxquels il appartient ou avec lesquels il est en rapport et sa vision de lui-même."*¹⁷ *"Les archétypes de Michel Alliot font sens, (...) dans l'entreprise de la constitution d'une science (générale) non-ethnocentrique du Droit. Il est évident qu'étant à une échelle énorme, "macro", il s'agit de contribuer à une théorie permettant d'embrasser toutes les expériences juridiques de notre planète, ces archétypes ne sont guère plus que des "idéaux-types."*¹⁸ Dans le même ordre d'idée, la question des ordonnancements soulevée par Étienne Le Roy renvoie à ce que nous entendons par culture juridique. Il ne s'agit pas d'une synonymie, mais la relation établie entre le droit et la société que celle-là soit *"imposée"*, *"négociée"*, *"acceptée"* ou *"contestée"*, traduit une couleur, une vision du droit qui rentre tout à fait dans notre discussion sur les représentations qu'on peut se faire du droit car il est un mode de pensée relatif au droit qui rejoint les notions de code culturel et de tradition juridique.

2) Tradition juridique et code culturel, facteur de la permanence des cultures juridiques

Pour la notion de tradition juridique développée par François GénY, la question de l'interchangeabilité des termes avec la culture juridique se pose. Dans sa critique de la démarche juridique traditionnelle, François GénY évoque le *"subjectivisme"* inhérent à toutes constructions juridiques : *"Sans doute, dans sa mise en œuvre, nous sommes dominés, à notre insu, par l'autorité et la tradition, et, si je puis dire, par cette hérédité professionnelle qui nous enveloppe et nous étreint, comme une sorte de tunique de Nessus. (...) La tradition juridique étreint le juge comme une tunique de Nessus ; c'est-à-dire qu'elle se présente comme la voie d'accès obligée qui ramène le juriste dans la ligne de la bonne loi, de la vérité, de la justice ; mais malheur à celui qui prétendrait s'en passer : c'est la perte immédiate de statut, la chute dans le non-droit, l'égarement dans l'erreur et l'arbitraire."*¹⁹ Ce caractère de la tradition juridique nous évoque ce

¹⁷ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)", *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, janvier 1983, p. 83-117, p. 90.

¹⁸ EBERHARD Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris : Edition des écrivains, 2002, 398p, p. 135.

¹⁹ GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954, p. 51, cité par LENOBLE Jacques et OST François, op. cit. note 6, p. 235-236. La tunique de Nessus, centaure de Héraclès, brûle celui qui tente de s'en séparer.

que Ludwik Fleck, cité par Mary Douglas, appelle le *style de pensée*. Celui-ci "*fournit le cadre et définit les limites de tout jugement portant sur la réalité objective. Sa caractéristique essentielle est d'être invisible aux membres du collectif de pensée. L'individu au sein du collectif n'est jamais, ou presque jamais, conscient du style de pensée dominant qui exerce pratiquement toujours une emprise absolue sur sa pensée et dont il lui est impossible de s'écarter.*"²⁰ Mary Douglas compare la notion aux "représentations collectives" de Émile Durkheim, ce qui peut aider à conclure que représentations collectives et culture juridique sont étroitement liées.

Pour conclure sur les notions proches de celle de la culture juridique, il faut préciser – pour souligner le lien avec le droit tel qu'il est majoritairement perçu – qu'elles n'ont pas seulement une utilité théorique : certains auteurs y trouvent une application concrète dans le rôle quotidien des juristes, notamment le juge, confronté à l'application de la loi. Ainsi, Gérard Timsit propose la notion de code culturel pour expliquer le travail du juge qui doit donner une réponse individualisée à une situation en référence à une norme générale. "*Comment donc le juge peut-il dans cette situation continuer de garantir la généralité de la loi, perpétuer l'intelligibilité du texte lacunaire, ambigu, ou contradictoire ?*" Le juge peut faire son travail parce qu'il se réfère "*au code culturel et social – Montesquieu parle de l'esprit de la loi... – qui régit la collectivité – code non écrit constitué de valeurs, croyances, idées, pratiques ou usages en vigueur dans la société et dont "l'invention" par le juge – invention, au sens de ce mot en droit – permet au juge de suppléer objectivement à l'absence de détermination de la loi, ou de faire le tri entre les conditions légalement pertinentes concurrentes ou contradictoires qui y sont inscrites.*"²¹ Cet exemple où la culture juridique intervient directement dans le travail du juge, atteste son lien avec la positivité du droit

En revanche, une question non encore clairement établie concerne la portée de la perception des juristes sur le droit. En d'autres termes, quelle est l'influence de cette vision particulière sur la vision du droit en général ? Les représentations ne sont pas seulement une description du réel. Elles participent de sa construction et sont un système d'interprétation de la réalité, avec tous les décalages qui peuvent en découler. L'existence possible de ces décalages renvoie à l'importance des relations entre représentations individuelles et collectives, et également au lien que ces

²⁰ FLECK Ludwik, *The genesis and development of a scientific fact*, University of Chicago press, 1935, p. 41, cite par DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, La Découverte/MAUSS, coll. Recherches, série Bibliothèque du MAUSS, 1999 (1^e éd. 1986), 180p, p. 36. L'ouvrage de Ludwik Fleck vient d'être traduit de l'allemand, *Genèse et développement d'un fait scientifique* (postface de Bruno Latour), Paris : Les belles lettres, 2005, 280p.

²¹ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 252p, p. 40.

systèmes de représentations tissent entre juristes et non-juristes. La distinction que nous avons établie entre représentations individuelles et collectives d'une part, entre ces représentations et la culture juridique des juristes d'autre part, s'impose pour éclaircir ce que nous entendons par ces différents termes. Réellement, leurs liens sont beaucoup plus imbriqués. Ce chapitre vise à montrer en quoi le droit, entendu comme phénomène global, est un système de représentations dans lequel les sphères de juristes et de non-juristes interviennent également et sont en relation permanente, un système de représentations notamment lié à l'image – pour ne pas dire à la représentation –, mélange de distance et de prestige, que véhiculent les juristes.

§ 2 : Représentations et professionnels du Droit

Dans l'immédiat, on posera comme hypothèse que la vision spécifique des juristes sur le droit peut fournir des éléments de compréhension sur les représentations du droit en général. L'influence de la culture juridique des juristes sur les représentations des justiciables est modulée par la diversité des acteurs juridiques : le monde des juristes regroupe de nombreuses catégories de professionnels du droit qui n'ont pas le même rapport au droit. "*Un droit positif reflète une mentalité indissociable des conditions premières de socialisation du juriste dans une culture juridique qui fait que celui-ci ne peut jamais penser ce qu'il veut.*"²² Les nombreuses fonctions remplies par les différents professionnels du droit, à des moments différents du processus juridique, ont nécessairement une influence sur ce que recouvre le droit pour ces acteurs et pour les auteurs. Avant de constater, dans la deuxième section, la diversité des définitions que les auteurs ont pu proposer pour délimiter ce que pouvait contenir le phénomène juridique, il est utile de rappeler que cette diversité est en partie liée à la diversité des acteurs du groupe constitué par les juristes (A), un groupe dont l'image de prestige est liée aux conditions de son émergence au 12^e siècle et à sa proximité avec la sphère politique (B).

A : Les juristes et leur image : diversité

Lorsque Pierre Lenoble et François Ost évoquent cet "*exégète et gardien de l'ordre*"²³ qu'est le juriste, ils insistent sur "*l'idée du dépositaire d'un savoir et l'idée du détenteur d'un pouvoir. (...) Maîtriser le droit, c'est manipuler l'imaginaire mythologique dont il est porteur et suppléer ainsi les lacunes (ou les interrogations) de la connaissance du droit par l'affirmation de la puissance.*"

²² LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, op. cit. note 4, p. 22.

²³ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, op. cit. note 6, p. 246.

(...) *Ce qui circule entre eux (justiciable et docteur) est bien plutôt une ignorance qu'un savoir et c'est cette ignorance qui assure la reconduction du rapport de force classique entre les personnages de la scène juridique.*"²⁴

L'image des juristes n'est pas facile à déterminer, et cette tâche se complique d'autant si l'on se situe dans une perspective historique. Les indices apparaissent ça et là, au fil des lectures. Ainsi, on apprend que le théologien dominicain Francisco de Vitoria "*ne veut pas être juriste, et encore moins fournir des arguments dans les démêlés interétatiques des gouvernements étatiques. Il parle des juristes avec une certaine condescendance.*"²⁵ Cette attitude de mépris est assez courante en Espagne au 16^e siècle. Pierre Legendre fait également état de cette mauvaise réputation, mais en l'attribuant non seulement aux juristes mais également à tout l'univers juridique, surtout celui émanant de l'administration, dont des générations, d'intellectuels ou non, ont appris à se méfier²⁶. Cette image extérieure négative peut être liée à la fonction de pouvoir qui engendre cette situation ambiguë du sujet-juriste : celui-ci bénéficie d'une image à la fois positive, par sa position dans le contexte social, et négative dans la mesure où il symbolise, à tort ou à raison, la répression et la contrainte. Pourtant les juristes recouvrent différentes professions (1). Ces images collectives se répercutent à l'intérieur du groupe et complètent les représentations spécifiques que les juristes ont d'eux-mêmes (2).

1) Diversité des acteurs

Il existe différentes sortes de juristes, ceux-ci n'ont pas forcément la même approche ou le même discours sur le droit. La distinction entre les juristes qui écrivent le droit – législateurs au sens large puisque les "lois" émanent le plus souvent des gouvernements –, ceux qui le font respecter et ceux qui le discutent ou le critiquent, renvoie au schéma des différentes sources du droit. Quoique l'on puisse dire sur la théorie classique des sources du droit – où le rôle de la coutume varie selon les sensibilités juridiques des auteurs – ces différentes pratiques et activités du droit peuvent induire des perceptions distinctes du droit en raison des objectifs poursuivis. L'objet de l'étude n'est pas de faire une analyse systématique de chacun de ces discours. Mais cette remarque participe seulement du souci de précision nécessaire pour l'étude des représentations : les résultats obtenus peuvent être différents d'un groupe à l'autre. Pensons aux rôles des notaires médiévaux du sud de la France étudiés par Jean Hilaire : sans bénéficier du prestige d'un juge ou

²⁴ LENOBLE Jacques et OST François, *ibidem*, p. 247.

²⁵ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris : PUF, coll. Lévitahan, 2001 (1^e éd. 1950), 363p, p. 110.

²⁶ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 14.

d'un avocat, ils participent pourtant à la construction des représentations du droit, par la proximité de leur relation avec les non-juristes. La distinction entre les différents acteurs du monde juridique va dans le sens d'une démythification du principe d'unité du droit que nous développerons. Dans ses travaux sur les méthodes du droit comparé, Rodolfo Sacco signale cette croyance : "[l'habitude] de parler de la règle de droit de tels pays, au lieu de parler de règles légales, doctrinales et prétoriennes ainsi que des constantes tirées des décisions des cours et des exemples des manuels nous prouve que la pensée du juriste est dominée par un *a priori* fondamental et caractéristique, d'après lequel dans un pays donné, au moment choisi, la règle légale (L), la règle doctrinale (D), la règle qui peut être extraite des exemples de la doctrine (E), la règle que les cours énoncent dans les motifs (J) et la règle que les cours appliquent (A) ont un contenu identique et sont, de ce fait pour ainsi dire, interchangeables."²⁷ Ce n'est pas le cas : de ce fait, les juristes forment un groupe, mais un groupe hétérogène.

En se détachant des sources du droit, Pierre Legendre propose aussi une classification des différents acteurs juridiques. Il s'interroge sur "*l'histoire des productions savantes, les très nombreuses publications juridiques et parajuridiques qui depuis le milieu du XVIII^e siècle jalonnent la progression du système*" et il fait apparaître "*les producteurs de logiques, les documentalistes, les experts*."²⁸ Son panorama des acteurs producteurs de littérature juridique est élargi. Outre les groupes traditionnellement reconnus comme juristes – professeurs et juges qu'il situe dans "*les producteurs de logique*" –, il ajoute la littérature des professions moins auréolées de prestige que constituent les praticiens. "*Reléguée au niveau inférieur de ma classification mais qui doit être utilisée effectivement, puisqu'elle indique très utilement certaines orientations techniques, voire sociales et psychologiques, du droit libéral*"²⁹ en France. (...) Sans un recours ordonné et systématique à cette bibliographie, on ne peut prétendre approfondir les liens entre la vie sociale ou politique et les inclinations du droit."³⁰ Gaston Jèze présente quant à lui l'opinion des juristes comme l'une des sources du droit, en définissant ce dernier comme étant "*l'ensemble des règles de conduite sociale que la majorité des hommes de ce pays et de cette époque estiment justes et socialement utiles*."³¹ Le rôle des juristes peut être traduit par l'image

²⁷ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p, p. 33.

²⁸ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 533-539.

²⁹ La période de développement des idées libérales chez les juristes se situe entre la seconde moitié du 19^e siècle et le premier tiers du 20^e siècle. Voir LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 405 et ss.

³⁰ LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 539.

³¹ REDOR Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. Evolutions des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris et Aix : Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 379p, p. 289, citant

que la société ou les justiciables se font de leur fonction, mais aussi par la représentation que se font les juristes eux-mêmes de leur propre rôle social.

2) Relations entre juristes et regard sur eux-mêmes

L'étude des relations entre juristes part du principe qu'il n'y pas d'autarcie du phénomène juridique : l'avancée de nouvelles idées est la conjonction d'une époque et de chaque parcours individuel. *"Le juge n'est pas le seul à tenir le rôle de grand prêtre dans l'État de droit ; c'est l'ensemble des juristes (et plus particulièrement les publicistes) qui doit servir le culte du droit. Nous retrouvons ici la tradition des jurisconsultes qui, de tout temps, ont prétendu imposer leur influence au Prince sous couvert de leur connaissance spéciale de la loi"*³². Cette tendance est d'ailleurs souvent appuyée par l'exécutif lui-même qui utilise les légistes pour justifier ses politiques à l'encontre des parlementaires revendiquant une marge de manœuvre plus grande. *"La question difficile est d'apprécier le processus des influences. La constatation fondamentale des phénomènes de prestige au sein même de la doctrine contribue à en circonscrire les données. (...) Malgré de nombreuses dissidences, une opinion commune s'est souvent constituée, sur d'importants problèmes dominés, au moins pour un temps, par des noms prestigieux."*³³ Les relations des juristes entre eux participent de l'image du groupe et de ses sous-groupes. Mais la formation de ces représentations est délicate à déterminer.

Par exemple, l'image du juge, présenté traditionnellement comme la *"bouche de la loi"*³⁴, est emblématique. *"La jurisprudence doit en théorie se borner à l'application de la loi et la doctrine n'est en fait qu'une analyse du système législatif et jurisprudentiel : elle loue les arrêts qu'elle estime conformes à la loi et critique ceux qui lui paraissent s'en écarter, elle semble avoir oublié son rôle de lege ferenda."*³⁵ Comment cette imagerie est-elle née parmi les juristes ? Gérard Timsit tente de remonter aux sources de cette perception et la relie au mythe de la théorie de séparation des pouvoirs développée par Montesquieu. *"Le juge – magnifié, dans le même temps, réduit à n'être que la bouche qui prononce les paroles de la loi."*³⁶ Si on reconnaît certains traits dans la théorie de l'organisation des pouvoirs publics, cette séparation n'est pas si marquée dans

JEZE Gaston, "De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence. Rôle des théoriciens dans l'examen des arrêts des tribunaux", *RDP*, 1914, p. 311-321, p. 314.

³² REDOR Marie-Joëlle, *ibidem*, p. 288.

³³ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 405.

³⁴ TIMSIT Gérard, "M le Maudit, Relire Montesquieu", *Mélanges René Chapus*, Paris : Monchrétien, 1992, p. 617-632, p. 626.

³⁵ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique...", art. cit. note 17, p. 100.

³⁶ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, op. cit. note 21, p. 173.

la pratique. Son origine se trouve dans le texte de Montesquieu. Ou plus exactement dans la lecture qui en a été faite par les auteurs depuis. D'ailleurs, Gérard Timsit explique comment cette théorie est "*purement imaginaire*" et que le texte parle plus d'un "*balancement*" et d'une "*combinaison*" des pouvoirs qui se révèlent être en liaison voire en fusion³⁷. Ainsi, déjà, nous entrevoyons le rôle important que semblent jouer les mythologies juridiques.

Nous insistons particulièrement sur l'image des juristes proches de l'imagerie étatique, notamment les publicistes. Ce choix reflète la culture juridique observable, en particulier en France : le regard que les juristes portent sur leur propre fonction et leur rôle dans la société a son importance dans la construction du lien entre le droit et l'État. "*A lire les publicistes, on s'aperçoit que ces derniers se croient et se veulent investis de deux missions dans l'État : celle d'éduquer les gouvernants qui, lorsqu'elle est conçue de façon extensive, aboutit nécessairement à un rôle plus important : celui de législateur. Dans la mesure où l'on croit que le droit comme objet est fondé sur la Raison, et que le droit comme discipline est une science, il est logique que ses spécialistes s'imaginent plus aptes que d'autres à savoir ce qu'il faut faire.*"³⁸ Marie-Joëlle Redor développe cet état d'esprit en citant Gaston Jèze. Celui-ci démontre que le juriste a vocation à participer à l'action législative. Pour cela, il distingue les rôles endossés respectivement par praticiens et théoriciens du droit dans le rôle d'éducation des populations mais également des gouvernants. Dans une formule dont on ne sait pas si elle est empreinte d'humour, Gaston Jèze détaille les attributions des différents acteurs. "*Le juriste théoricien a sur le juge un avantage qui en fait par excellence, le guide scientifique pour une époque de mutations : alors que le travail du praticien est "forcément fragmentaire et décousu", le théoricien "a l'esprit plus libre", il a plus de loisirs, il a aussi plus de moyens scientifiques, plus d'expérience, pour connaître un grand nombre de faits, pour les analyser plus exactement, pour rechercher leur influence et déterminer leur importance véritable.*"³⁹

Cette citation, parmi d'autres, atteste que la proximité avec le pouvoir a été constatée par les juristes eux-mêmes et qu'ils l'ont appuyée. La principale manifestation de cette symbiose est la construction de l'État de droit où le juriste est un des acteurs éminents du contrôle des décisions politiques. Évidemment, la position de Gaston Jèze du début du 20^e siècle, pour le moins abrupte, n'est pas partagée par tous. Ainsi, quelques auteurs réfutent cette césure entre praticiens

³⁷ TIMSIT Gérard, "M le Maudit, Relire Montesquieu", art. cit. note 34, p. 619.

³⁸ REDOR Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit*, op. cit. note 31, p. 287.

³⁹ REDOR Marie-Joëlle, *ibidem*, p. 288 citant JEZE Gaston, "De l'utilité pratique des études théoriques...", art. cit. note 32, p. 314.

et théoriciens en la nuancant. Jean-Louis Gazzaniga montre bien, par exemple, le rôle actif des avocats dans les efforts de théorisation du droit avant son unification en 1804. Si fossé il y a entre *"l'École et la pratique"*, les frontières sont sinueuses entre les deux approches : *"ces avocats jurisconsultes sont représentatifs de l'ensemble du barreau aux XVII^e et XVIII^e siècles. Un corps de juristes divers, où se rencontrent à la fois ceux qui exercent réellement leur profession et ceux qui n'ont conservé que le titre, ou qui, plus nombreux encore, ne le considèrent que comme une étape dans une carrière."*⁴⁰ Rendre compte de la complexité de ces relations nous paraît plus fidèle aux pratiques des juristes. De plus, la liaison entre versants théorique et pratique est essentielle pour appréhender le phénomène juridique dans son ensemble.

B : Prestige du juriste : son pouvoir sur la société

Concernant l'émergence d'une classe de juristes professionnels, deux questions intéressent notre sujet. La première consiste à se demander si réellement cette classe a pu se draper du prestige qu'on lui attribue et, dans le cas d'une réponse affirmative, se demander dans le second temps, ce qui a conduit à cet état de fait. Notre intérêt pour la notion de groupe, de classe des juristes, s'explique parce que *"le droit est l'objet d'un savoir collectif."*⁴¹ Il existe un lien entre le savoir juridique et les caractéristiques du groupe qui est à l'origine de ce savoir ; les caractéristiques concernent tout à la fois l'unité et la diversité, les modalités d'expression et de communication à l'intérieur du groupe, mais aussi sa formation et ses sources d'information. *"Toutes ces composantes influencent directement le savoir juridique, sa constitution, ses changements, ses liens avec d'autres savoirs ou sa clôture. Elles contribuent aussi à dessiner l'image que la collectivité professionnelle, que chaque catégorie professionnelle a d'elle-même, de sa place dans la société, de ses fonctions, de ses résultats."*⁴² Si la perception de l'existence d'un groupe particulier de professionnels existe, il est difficile de déterminer comment celui-ci émerge⁴³. La conscience de groupes ou de classes sociales – qui peuvent se recouper – existe le plus souvent après leur création. La difficulté de sonder leur origine ne nous interdit pas pour autant de

⁴⁰ GAZZANIGA Jean-Louis, "Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine", *Droits, Revue française de théorie juridique*, 1994, 20, p. 31-41, p. 33.

⁴¹ ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, op. cit. note 7, p. 94.

⁴² ATIAS Christian, *ibidem*, p. 95.

⁴³ "Nous pouvons décrire, expliquer et même "comprendre" comment et pourquoi les classes se perpétuent dans la société actuelle. Mais nous ne pouvons pas dire grand-chose quant à la manière dont elles naissent, ou plutôt dont elles sont nées. (...) Une fois que la société s'est instituée, non pas sur la base de différences entre catégories d'hommes (qui ont probablement toujours existé) mais de différences non symétriques, toute la suite s'explique ; mais ce "une fois" est tout le problème." CASTORIADIS Cornélius, *L'institution imaginaire de la société*, op. cit. note 15, p. 214.

constater leur existence et même la puissance du phénomène. Pour répondre aux deux questions relatives à l'éventuel prestige du juriste dans la société, examinons les facteurs qui l'ont lié au politique (1) et le contexte socio-juridique d'émergence, au 12^e siècle, d'une telle classe de professionnels (2).

1) Classe politique et émergence d'une classe de juristes

L'image de pouvoir et de respect pour l'homme de droit n'est pas récente⁴⁴. Elle débute dès le Moyen Âge et perdure, en se renforçant, au fil des siècles. *"On a beaucoup parlé des notaires, des légistes de tout genre, et de leur "prestige" mais on oublie qu'ils [les juristes] remplissaient souvent des fonctions judiciaires ou administratives, qu'ils jouaient parfois, dans l'entourage des puissants, un rôle politique, et que leur influence s'explique surtout par là."*⁴⁵ La proximité avec le pouvoir n'a jamais cessé et continue à en faire des hommes d'influence. Les questionnements possibles concernent les modalités du processus de rapprochement entre les deux sphères, juriste et politique, puis il s'agira de s'interroger sur la perception qu'en ont les juristes.

Au raffermissement du pouvoir royal *"se joint un événement qui affectera la doctrine juridique : les légistes se mettent désormais au service du Prince. Ainsi s'opère la jonction entre la tradition romano-canonique dont les légistes sont porteurs et la nouvelle réglementation princière dont l'interprétation est réservée à ce Prince et aux légistes qui l'entourent."*⁴⁶ Ce processus reflète le changement progressif des représentations relatives au droit et à son interprétation : le droit devient un droit écrit, c'est le début du processus de codification des coutumes qui doivent être homologuées par le Prince. L'écriture et l'apport du droit romain annonce la laïcisation et la

⁴⁴ L'image de prestige du juriste ne paraît pas une évidence à tous ; ainsi, Elizabeth Gianola-Gragg affirme dans sa thèse : *"en France, le droit n'occupe pas une place prédominante en raison de l'héritage de la rivalité du juridique et du politique sous l'Ancien Régime."* La remarque peut paraître en parfaite contradiction avec nos propres développements. En fait, il nous semble que sous le terme de "juridique", elle entend le sens de pouvoir judiciaire, d'ailleurs, elle poursuit et précise que : *"Le pouvoir révolutionnaire qui s'en suivit a cherché à subordonner le pouvoir juridique au pouvoir politique. L'assemblée Constituante de 1790 a cherché à confiner les tribunaux récemment créés dans une fonction judiciaire étroitement définie consistant à appliquer des droits dans les procès entre parties privées. (...) Chaque affaire d'interprétation sera soumise au législateur."* Dans ce cas, c'est-à-dire si juridique doit être compris au sens du judiciaire, il est tout à fait exact d'affirmer que le rôle du juge en France est moindre que celui attribué au législateur, en particulier au regard de la répartition des pouvoirs entre ces deux personnages de la vie juridique, dans les contextes anglo-saxons. Le fait que cette auteure ait utilisé le terme de juridique au lieu de judiciaire est tout à fait symptomatique des représentations que l'on peut avoir du droit ; recouvre-t-elle davantage la fonction de juger ou bien celle d'édicter des lois ? Des éléments de réponse se situent dans les questionnements que nous présentons à propos de la culture juridique. GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit. Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte-d'Ivoire, le Ghana et la Mali)*, Thèse pour le doctorat en droit, 1998, 400p, p. 151-152.

⁴⁵ AUBENAS Roger, "Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant ? Un chapitre d'histoire juridico-sociale XI^e-XV^e siècle", *Revue d'histoire du droit français des pays de droit écrit*, 1978, t. 56, p. 215-252, p. 233.

⁴⁶ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*. op. cit. note 6, p. 256.

rationalisation du discours juridique dont les légistes ont le monopole. "*Les juristes sont à eux seuls un pouvoir.*"⁴⁷ L'origine du pouvoir et du prestige associés aux juristes trouve une réponse dans les conditions de l'émergence de la classe des juristes. "*L'École, puis la faculté de droit de Paris, [est] investie d'un véritable pouvoir de fait en relation avec l'organisation centraliste.*"⁴⁸ En paraphrasant Max Weber, les juristes font du droit comme d'autres font de la politique : ils vivent "*de*" et "*pour*" le droit⁴⁹. Le parallèle peut être renforcé puisque, à l'époque médiévale, le lien entre hommes de pouvoirs et hommes de lois est très étroit : les premiers juristes sont en fait les légistes et conseillent le roi. Ce à quoi on peut ajouter l'importance des liens tissés au sein de la communauté des juristes : Jean-Marie Carbasse, à propos de la littérature juridique, explique qu'elle est le plus souvent écrite *par* des juristes, *pour* des juristes, ce qui renforce le phénomène de communauté de pensée⁵⁰.

Ainsi, comme on peut identifier une sphère politique, on peut déterminer une sphère juridique. "*Le milieu des légistes au sein duquel s'élabore ce qu'il est convenu d'appeler d'un terme sommaire la doctrine constitue un univers intellectuel dont l'importance est parfois sous-estimée de l'extérieur en raison de l'hermétisme, inhérent au Droit comme à chaque technique particulière.*"⁵¹ Notons que la distinction de ces deux sphères a une influence sur l'image de l'un et l'autre des groupes, car elles entretiennent des liens étroits. Cette situation "*loin d'atténuer les critiques, crée une suspicion très vive à l'égard des dirigeants.*"⁵² Suspicion qui atteint également les juristes quand les règles qu'ils édictent sont perçues comme des règles dont ils seraient les principaux bénéficiaires.

Ces perceptions, avérées ou non, donnent évidemment une image "*désenchantée, sceptique voire cynique de la politique*"⁵³ et des classes dirigeantes en général auxquelles les juristes appartiennent. Cependant, cette mauvaise réputation de la représentation politique ne doit pas faire penser qu'elle ne doit plus être considérée comme un des outils de la légitimation du droit. Reconnaître la crise de la représentation politique et du couple légalité/légitimité, ce n'est pas affirmer que droit et politique ne sont plus que des instruments d'oppression, comme le suggèrent

⁴⁷ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 529.

⁴⁸ LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 531.

⁴⁹ WEBER Max, *Le savant et le politique*, Paris : 1963 (1^{er} éd. 1959), Plon, 221p, p. 137.

⁵⁰ CARBASSE Jean-Marie, "De verborum significationes : pour une histoire des vocabulaires juridiques", Intervention au colloque organisé par l'Institut Michel Villey le 27 juin 2003, "*La naissance du droit français/2*".

⁵¹ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 405.

⁵² COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris : PUF, coll. Questions, 327p, p. 59.

⁵³ COICAUD Jean-Marc, *ibidem*, p. 64.

les analyses marxistes. Cela peut l'être, mais il nous semble caricatural de les réduire à cette lecture. D'ailleurs, Alain Boureau s'interroge sur les raisons d'une "*juridicisation des sociétés médiévales*" en dépit de "*l'absence d'un État doté du monopole de la force publique, et d'une police en particulier, seul susceptible de donner réalité aux sentences des juges et aux élaborations de la doctrine. Avant la constitution de ce monopole, la pratique judiciaire et juridique n'était qu'instrumentale. Pourtant les décisions judiciaires, au Moyen Âge, avaient souvent une efficacité réelle, qui ne coïncidait pas forcément avec la présence forte d'un pouvoir d'exécution. Cette surprenante efficacité a pu être analysée par une anthropologie juridique récemment développée, tendant à suggérer que tout groupe humain élabore une structure juridique, explicite ou implicite, usant indifféremment de rites, de coutumes, ou de lois ; l'usage du corpus romano-canonique ou des procédures de la Common law n'est alors qu'un des contenus possibles et aléatoires de la juridicité fondamentale des groupes humains.*"⁵⁴ L'auteur trouve des pistes intéressantes pour expliquer la "*juridicisation des sociétés médiévales*", chez les historiens de la culture qui s'attachent surtout à deux processus : "*la constitution de groupes professionnels de juristes et l'évolution des modes de preuve.*"⁵⁵ Ces mouvements se sont développés dans la période de renaissance du droit romain qui a fortement contribué à l'émergence et à la consolidation d'une classe de juristes.

⁵⁴ BOUREAU Alain, *La loi du royaume. Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise (XI^e-XIII^e siècles)*, Paris : Les belles lettres, 2001, 355p, p. 17.

⁵⁵ BOUREAU Alain, *ibidem*, p. 17.

2) Essor de la classe de juristes dans le contexte de renaissance du droit romain

La réception et les interprétations dont a fait l'objet le droit romain aux 12^e et 13^e siècles méritent quelques remarques tant la destinée de ce nouveau mode de raisonnement juridique a transformé la façon de percevoir le droit. Deux éléments attirent plus particulièrement notre attention : l'état d'esprit dans lequel les juristes ont réceptionné ce nouvel instrument juridico-politique et la manière de l'intégrer dans les pratiques.

Le droit de Justinien du 6^e siècle n'a jamais cessé d'être étudié par quelques savants, surtout en Italie, mais il n'est pas enseigné dans les universités jusqu'à la fin du 11^e siècle, moment à partir duquel son étude est remise à l'ordre du jour de façon plus systématique à Bologne par Inénius, consécutivement à la découverte d'un manuscrit des compilations des textes justiniens, le Digeste. Inénius fonde l'école des glossateurs. Ce sont ses disciples qui introduisent le droit romain en France en l'enseignant dans les universités méridionales : Placentin enseigne ces méthodes pendant trente ans à Montpellier à partir de 1160. Dans le Nord, c'est Orléans qui accueille les professeurs de Bologne. Le droit romain ne rencontre pas d'opposition royale tant qu'il fait seulement l'objet d'une étude scientifique dans les universités. La question prend une couleur politique lorsqu'il acquiert force de droit dans le Midi de la France. Pour le roi Philippe Auguste, accepter le droit romain comme source officielle du droit, c'est reconnaître la supériorité de l'Empereur du Saint-Empire romain germanique dont le droit romain est la législation. *"Il laisse ses sujets méridionaux libres de suivre, s'ils le désirent, le droit romain. Mais il le considère comme une coutume écrite, qui tire son autorité de la volontaire adhésion du peuple. Le droit romain n'est donc reçu, à côté des anciens usages, que dans la mesure où le groupe intéressé l'accepte. (...) En réalité, les pays du Midi sont, comme les autres, des pays de coutumes ; mais, parmi ces coutumes, les usages venus du droit romain y sont plus largement suivis qu'ailleurs."*⁵⁶

Ces juristes qui ont consacré le droit romain et ont permis ce qu'on a appelé par la suite, sa renaissance, sont de plusieurs types. Parmi eux, on trouve les légistes, appelés également *"chevaliers ès lois"*, les gens du roi près des cours et un grand nombre de jurisconsultes et officiers du roi. *"Transmis par l'enseignement, les notions et l'esprit même du Droit romain ont transféré aux juristes de l'époque libérale l'essentiel de la tradition : un certain type d'expérience juridique. En d'autres termes, les juristes, auxquels est due l'architecture d'ensemble de notre*

⁵⁶ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris : CNRS, 1992 (1^e éd. 1948 chez Montchrétien), 763p, p. 122.

système juridique, avaient acquis le réflexe romain. (...) Ils furent non des copieurs, mais des inventeurs, réagissant dans des situations d'incertitude où ils se trouvaient avec la même promptitude, le même empirisme et la même clarté intellectuelle que leurs devanciers"⁵⁷, à la différence près que les juristes médiévaux ne saisissaient pas toujours la portée sociale du droit romain qu'ils étudiaient.

Concernant l'état d'esprit qui a présidé à la mise en pratique des techniques romaines, il faut s'imaginer que les légistes les trouvaient limpides et que la fascination a guidé l'ensemble des juristes d'alors. *"Si le droit civil romain classique s'était vu reconnaître la prééminence, c'est que les jurisconsultes de Rome ont constitué l'art juridique, défini ses fins spécifiques, sa méthode ; forgé son langage. Les juristes du Moyen Age et de l'Ancien Régime s'évertuèrent à redécouvrir les secrets de cet art, une technique jurisprudentielle d'examen des cas, dont se puisse encore faire application à des situations historiques nouvelles."*⁵⁸ Cette réutilisation des techniques romaines s'explique par leur *"apparente simplicité"* qui *"éblouissait"* les juristes d'alors et leur paraissait l'outil idéal pour répondre aux besoins d'une *"centralisation et d'une unification"* du droit et de la restructuration de la société⁵⁹. Mais il ne faut pas oublier que *"[malgré] l'adoption de la pratique juridique romaine, les peuples de l'Europe médiévale ne ressentaient pas en profondeur la signification de celle-ci"*⁶⁰, car la réussite du droit romain est en très grande partie due au zèle d'une *"véritable classe de légistes de haut vol, singulière armée de croisés de l'idéal romain et impérial, auxquels le titre, dès lors si prestigieux, de miles, allait donner une autorité dont les juristes de jadis n'auraient osé rêver."*⁶¹ Le prestige du droit romain est tel pour les juristes universitaires médiévaux qu'il apparaît comme la solution à tous les problèmes de droit. Ainsi, ils puisent dans le *Corpus juris civilis* de Justinien qui leur paraît plus opératoire que l'ensemble des coutumes des pays ou de la législation royale émergente. *"Mais reconnaître notre dette à l'égard des juristes romains doit avoir un sens bien précis : non simplement celui d'une reconnaissance pratique, dressant l'inventaire des outils juridiques que les Romains inventèrent, mais aussi celui d'une réflexion sur le sens de l'expérience juridique romaine. Il faut donc bien saisir l'ambiguïté de l'héritage : les Romains ne nous ont-ils légué que du droit, ou bien aussi une philosophie du droit originale ? (...) Il s'agit donc davantage d'une accentuation, ou plus*

⁵⁷ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 397.

⁵⁸ VILLEY Michel, "Sur une maladie de la section historique du droit", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 396-408, p. 404. L'expression *"dont se puisse"* est d'origine.

⁵⁹ AUBENAS Roger, "Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant ?", art. cit. note 45, p. 217.

⁶⁰ GUREVIC Aron, "Représentations et attitudes à l'égard de la propriété pendant le Haut Moyen Age", *Annales ESC*, 1972, p. 523-547, p. 533.

⁶¹ AUBENAS Roger, "Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant ?", art. cit. note 45, p. 233. (miles, militis signifie soldat)

exactement, d'un choix méthodologique : partir des pratiques juridiques pour penser le droit, ou partir du sens que peut avoir l'idée de droit pour penser les pratiques juridiques particulières."⁶²

Depuis la renaissance du droit romain, de nombreuses théories, philosophies et courants juridiques se sont succédés. Cette succession d'approches constitue le contenu de ce que nous considérons comme étant la culture juridique. Ces différentes perceptions et manières de concevoir le droit, nous en sommes tributaires aujourd'hui dans la mesure où elles ont une forte influence sur les représentations et les définitions contemporaines du droit.

⁶² BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. note 13, p. 76.

Section 2 : Portée de la culture juridique sur le droit et ses représentations

La culture juridique, entendue comme l'ensemble de ses différents composants, peut être considérée comme un facteur à part entière du processus normatif. *"La culture juridique et les doctrines qu'elle a formulées ne constituent pas de simples moments d'enregistrement de normes et de décisions créées à l'extérieur des élaborations conceptuelles, mais au contraire concourent à créer et à réaliser les décisions et les normes mêmes."*⁶³ Les anthropologues du droit trouvent un grand intérêt dans cette présentation de la culture juridique dont ils perçoivent la richesse. Étant donné que la culture juridique est en lien direct avec le corpus normatif positif, elle devrait également intéresser les juristes, en entrant dans les processus normatifs qui les préoccupent. Dans ce sens, Pierre Legendre considère que *"découvrir le tracé des doctrines et rechercher la relation qui lie les différents groupes de savants n'est donc pas un exercice de simple érudition. Au contraire, celle-ci peut-elle prétendre apporter des éléments de fonds, indispensables à la compréhension du cas français. (...) Une histoire de la science juridique promet d'être convaincante, si elle n'élude ni le juriste, ni la vie sociale, ni la consistance du système."*⁶⁴ Le lien établi entre culture juridique et droit permet de comprendre l'existence de plusieurs définitions du droit, proposées à l'intérieur du groupe des juristes (§ 1). Au-delà de la définition du droit, la perception de la thématique et des enjeux du pluralisme juridique permet d'avancer l'hypothèse que le droit est en lui-même un système de représentations (§ 2).

§ 1 : Approches "classiques" du droit et critiques

La définition du droit, et les difficultés qui en résultent, ont déjà été suggérées à propos de la question pluridisciplinaire dans l'introduction du travail. Il est essentiel d'établir le rapport entretenu entre droit et culture juridique. En quoi cette dernière peut apporter à la compréhension du droit ? Le simple fait de s'attarder sur la notion de culture juridique reflète déjà un certain état d'esprit et une certaine façon de concevoir le droit, envisagé dans sa globalité. A l'intérieur d'une culture juridique donnée, existent différentes manières de percevoir le droit et ce qu'il recouvre. Le droit ne réside pas seulement dans le conflit. Cependant, pour son étude, les moments de rencontres et de confrontations, que ce soit au niveau des personnes lors d'un conflit inter-

⁶³ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit. note 1, p. 141.

⁶⁴ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 3, p. 527-528.

individuel ou dans le cadre de contradictions entre deux systèmes de représentations du droit, constituent un terrain particulièrement propice pour cerner les ressorts du droit ou, selon l'expression de Pierre Legendre, "*le noyau des choses du droit*."⁶⁵ Certains auteurs insistent sur la sanction, d'autres sur le droit réel tel qu'il est réellement vécu : à partir de quels éléments s'élabore la définition du droit ?

Il y a assurément différentes interprétations pour approcher le phénomène juridique. Il nous semble que tous ces courants et visions, même si certains nous paraissent plus réalistes et trouvent notre préférence, participent ensemble, au travers de leurs différences, d'un panorama de ce qu'est le droit. Leurs contradictions relèvent souvent d'une variété de types de discours, au sens où ils sont plus ou moins proches de discours spéculatifs, théoriques, interprétatifs ou qui tentent de décrire le réel. Ce que nous entendons par la question du type de discours peut être éclairci avec la définition du droit proposée par Emmanuel Kant. "*Le droit est l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre sous une loi universelle de liberté*."⁶⁶ Cette formulation a un intérêt d'un point de vue global et philosophique, elle participe à la construction d'une définition du droit. Cependant, nous ne retiendrons pas uniquement ce genre de vision spéculative qui n'aide pas réellement à résoudre les problèmes posés aujourd'hui par le droit. Le doyen Vedel à qui est soumise la question "qu'est-ce que le droit ?" avoue avoir "*(séché) comme un mauvais étudiant*."⁶⁷ Dans le même sens, Norbert Rouland considère qu'"*on ne peut pas définir le droit, on ne peut que le penser*."⁶⁸ Ces deux formules nous permettent de préciser que nous ne comptons pas résoudre la question ici, mais seulement présenter les éléments qui permettent de cerner un peu mieux la crise de légitimité que vit le "droit officiel occidental" contemporain.

Dans les sociétés occidentales industrialisées, la pensée juridique pour définir le droit est largement influencée par le courant positiviste. Celui-ci connaît des objections qui paraissent particulièrement symptomatiques de la crise de légitimité du droit, considéré dans cette vision "traditionnelle" (A). Une autre perception, celle inspirée du droit naturel, pourtant gouvernée par des principes opposés à la conception positiviste, nous paraît poser des questions, notamment

⁶⁵ LEGENDRE Pierre, "Revisiter les fondations du droit civil", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, p. 639-644, p. 639.

⁶⁶ KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, p. 104, cité par LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, op. cit. note 6, p. 441.

⁶⁷ VEDEL Georges, "Indéfinissable mais présent", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 11, Définir le droit/2, 1990, p. 67-71, p. 67.

⁶⁸ ROULAND Norbert, "On ne peut pas penser le droit", *Droits*, 1989, n° 10 : Définir le droit/1, p. 77-79, p. 77.

relatives à la soi-disant universalité de ce discours ; les développements sur le pluralisme juridique interrogent ces deux courants, pour finalement, identifier quelles sont les conséquences sur l'interprétation du droit (B).

A : Le courant positiviste : contenu et critiques

En dépit des différentes approches pour envisager le droit, il ne faut pas négliger le fait que pour la plupart des juristes, *"le droit, ce sont les lois et éventuellement les décisions judiciaires suprêmes (ou du moins certaines d'entre elles faisant office d'arrêts de principe.)"*⁶⁹ Dans ce développement sur la question du positivisme juridique, notre attitude consiste à rapporter les discours sur le positivisme tel qu'il est perçu aujourd'hui (1), en soulignant les influences historiques de Kelsen et Kant (2).

1) Esprit du positivisme

Les juristes qui considèrent qu'il y a droit lorsqu'il y a coercition et sanction, ont une vision du droit principalement pénaliste. Or, le droit pénal, pour essentiel soit-il, n'est qu'un des aspects du phénomène juridique. Parmi les éléments qui structurent la culture juridique des juristes occidentaux, il y a le paradigme positiviste. *"Le positivisme juridique est la théorie du droit positif, conçu comme le seul vrai droit, insusceptible par conséquent d'être combattu au nom d'un autre droit, serait-il le seul juste. Dans le domaine juridique, le positivisme s'appuie alternativement sur deux pieds différents et qui ne le conduisent pas nécessairement dans la même direction. Dans les deux cas, et avec la même intolérance, il se présente comme la seule théorie du droit, du vrai droit, la seule théorie réaliste, sérieuse. Toute l'habileté des positivistes est d'être parvenus à faire croire que l'intolérance venait des théoriciens du droit naturel et de faire oublier qu'ils décrivent seulement un rêve pour les serviteurs de l'État."*⁷⁰ On observe que les différents principes ou institutions porteurs de mythes interagissent : État, rationalité et unité du droit s'interpellent et se répondent, pour former une structure mentale cohérente à la communauté juridique. Christian Atias souligne que *"[le] droit appliqué que le positiviste se donne pour objet, c'est le droit conçu par certaines institutions et sanctionné par d'autres. L'examen se porte sur les lois et sur les décisions de justice. Le comportement des hors-la-loi et les lois auxquelles ils obéissent l'intéressent peu. La fraude fiscale ou autre, l'indiscipline, l'inexécution des décisions de justice, les "jurisprudences" des juges du fond peu soucieux de la*

⁶⁹ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, op. cit. note 4, p. 18.

⁷⁰ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, Thémis, 1999, 349p, p. 35.

hiérarchie des juridictions et de l'unité que les juges du droit devraient tendre à instaurer sont considérées comme des épiphénomènes, des anecdotes."⁷¹ Pour de nombreux auteurs, l'assimilation entre droit, État et sanction, n'est plus suffisante ; ils attirent à juste titre notre attention sur l'ambivalence du droit.

Le droit n'est pas seulement contenu dans la loi : *"dans son effort de fonder une science empirique, la doctrine dominante a voulu donner à cette science comme objet du droit, qu'elle a identifié à la loi positive, mais c'est un objet mal formé"*⁷² parce qu'il n'est pas cantonné seulement dans la structure étatique : *"Le droit n'est pas lié par nature ni à l'existence d'un État, ni à la formulation de règles, ni à la reconnaissance de sa rationalité. Les sociétés étatiques ne sont que des cas particuliers parmi d'autres. (...) Du point de vue de l'anthropologue, ni le lien à un État ni la formulation de règles ni la rationalité ne sont donc des caractéristiques du droit, mais bien plutôt la lutte et le consensus sur ses effets. Leurs résultats dans les domaines qu'une société tient pour vitaux, voilà le droit."*⁷³ Le plus souvent, la solution considérée comme la plus réaliste est celle qui consiste à situer le droit sur deux registres ou deux discours contradictoires : conflit et consensus, objectivité et subjectivité, registre normatif et factuel pour Georges Vedel qui suggère la comparaison avec le Sein et le Sollen (l'être et le devoir-être) kantien, ou encore entre *"mobilité de la vie et l'immobilisation qu'en fait la loi"* pour Étienne Le Roy.

Il nous semble que le fait juridique relève en effet de deux types d'univers : l'un posé et descriptible, l'autre mouvant et insondable dans sa totalité. Or, imperceptiblement, la science du droit devient seulement celle du droit positif, du droit écrit, c'est-à-dire l'étude des décisions et des textes pris par les autorités habilitées ; parmi ces sources du droit, *"la coutume est généralement ajoutée à la liste avec quelques doutes sur son efficacité contra legem."*⁷⁴ L'étude du droit est le plus souvent limitée à certains des aspects du phénomène juridique. Ces éléments et leur étude ne sont d'ailleurs pas à négliger. Mais le droit positif constitue, pour nous, seulement une partie de ce que recouvre la vie juridique.

Finalement, ce qui est proposé pour étudier le droit, par les héritiers de Hans Kelsen, c'est le résultat du processus juridique organisé par l'État, c'est-à-dire la norme écrite. Ce résultat est en

⁷¹ ATIAS Christian, *ibidem*, p. 36.

⁷² TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, op. cit. note 21, p. 3.

⁷³ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juridique...", art. cit. note 17, p. 86-87.

⁷⁴ ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, op. cit. note 7, p. 31-32. Le rôle attribué à la coutume est un bon indicateur pour saisir l'attitude des juristes et ce qu'il entend par "droit".

lui-même digne d'intérêt pour être étudié. C'est d'ailleurs l'attitude principalement adoptée par la majorité des juristes aujourd'hui. L'ignorer serait une erreur pour qui veut se pencher sur ce qu'est et vers où s'oriente le droit. Mais pour nous, cette présentation peut être complétée par des considérations qui se situent en amont du résultat que représente le corpus de normes applicables en un endroit donné, à un moment donné. En d'autres termes, le champ de la science du droit peut être élargi : les mécanismes qui ont abouti à ce corpus peuvent aussi être l'objet d'étude ; ils concernent alors la descendance du droit et tente, comme le suggère Pierre Legendre, de répondre, à la question "d'où vient le droit ?". Et ce, dans deux dimensions. Une première dimension, de courte amplitude, concernerait l'étude de l'élaboration, dans la totalité du processus, d'un texte en particulier ; une autre dimension, d'horizon plus large et plus profonde, s'intéresserait aux éléments de civilisation qui influencent et construisent une certaine façon d'élaborer ce droit positif. La difficulté consiste à vouloir traiter ces deux faces simultanément. Par facilité, il est souvent tentant, mais moins enrichissant, de s'en tenir à un seul moment ou à un seul niveau du processus juridique. Ce décalage ressenti a été fortement influencé par les perceptions de Kant et Kelsen sur le droit, qui "jouaient" des deux registres – entre ce qu'est le droit et ce qu'il devrait être – jusqu'à parfois créer une certaine confusion.

2) Influence de Kant sur Kelsen et le positivisme

Concernant l'apport de Kant aux questions relatives au droit et à la culture juridique, deux points nous intéressent. Le premier s'applique à montrer quels sont les éléments de la doctrine de l'auteur qui participent d'une définition rationaliste et positiviste du droit. Quoique cette question puisse faire l'objet d'abondants développements, il ne s'agira pas pour nous de détailler ici la théorie kantienne dans toutes ses "subtilités" – et contradictions. Un second point attirera davantage notre attention : nous nous interrogerons sur les raisons pour lesquelles son système philosophique a eu un tel ascendant sur l'enseignement théorique du droit⁷⁵. *"La césure radicale entre l'être et le devoir-être exclut toute recherche de la nature du droit du côté de l'expérience des juristes ou de la tradition sociale dont il pourrait être le produit. (...) Il est douteux que Kant ait apporté quelque réponse que ce soit aux juristes. Son apport réside dans une clarification essentielle ; ce sont les questions qu'il découvre en les distinguant et en les posant correctement."*⁷⁶ Christian Atias souligne les bonnes questions que pose Kant, *"Qu'est-ce que le droit ?"* et *"Quel est le contenu du droit ?"* mais n'adhère pas aux réponses qu'il apporte.

⁷⁵ VILLEY Michel, préface de KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, Paris : Librairie philosophique Joseph Vrin, 1971 (1^{re} éd. 1796), 279p, p. 25.

⁷⁶ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 70, p. 91.

L'influence de Kant sur le monde des juristes pose question dans la mesure où bien souvent *"le philosophe a quitté le monde des juristes, le monde sur lequel ils travaillent, pour le survoler du haut de sa philosophie."*⁷⁷ Sur la même question, Michel Villey est beaucoup plus virulent : *"il me semble qu'il faudrait avoir un minimum de connaissances sur ce qu'est la vie juridique avant de philosopher sur le droit (...) et que le droit doive se définir, non pas à partir de la Raison pure, mais de l'expérience du comportement des juristes."*⁷⁸ Dans la traduction d'Alexis Philonenko de *Métaphysiques des mœurs*, Michel Villey propose, effectivement, une préface ambiguë. Tout en reconnaissant l'influence considérable de la pensée kantienne sur le droit et les juristes via l'esprit des Lumières, *"le langage de Kant n'est-il pas devenu le nôtre ?"*⁷⁹, l'auteur discute la culture juridique du philosophe allemand : *"Kant, on peut en dire autant de Fichte, et même de Hegel, sont carrément étrangers au droit des juristes."*⁸⁰ Au-delà de cet aspect, il faut suggérer qu'*"il est vraisemblable que la plupart des interprétations françaises d'un Kant positiviste comme celle de Villey sont dues à une malencontreuse ambiguïté des traductions. [Et de ce fait, remet en cause] l'absurde, mais tenace légende selon laquelle Kant, en soumettant le droit naturel au droit positif, prépare le positivisme juridique de Kelsen. Or, le texte de Kant ne dit pas que le droit naturel ne trouve pas sa vérité dans les systèmes du droit positif existant, puisque, bien au contraire, en tant que sollen, fonction critico-transcendante, il permet de les juger. (...) Le point faible de cette doctrine, qui fait que l'accusation de Villey n'est pas dépourvue de portée, c'est que même si le criticisme peut être défini comme "jusnaturalisme théorique", la référence au droit rationnel, à l'Idée pure du droit peut paraître trop lointaine pour avoir prise effective sur l'empire des lois positives qu'elle est censée pouvoir critiquer sans cesse. En ce sens, on peut dire que le kantisme aboutit involontairement à un positivisme pratique, et non théorique. Ce dernier problème est sans doute très central, et très difficile. On a, en effet, accablé la pensée de Kant ! Et ce, curieusement, par l'entremise de deux critiques totalement antithétiques."*⁸¹ Ces critiques paradoxales illustrent le lien étroit, même s'il est souvent nié, entre droit positif et droit naturel. L'intention affichée relève du positivisme radical, cependant, dans la pratique du droit, la question de l'interprétation nuance la toute puissance du positivisme.

⁷⁷ ATIAS Christian, *ibidem*, p. 92.

⁷⁸ VILLEY Michel, préface de KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, op. cit. note 76, p. 15. Jean-Cassien Billier et Aglaé Maryioli confirment effectivement qu'*"[on] ne peut guère rêver de penseur plus anti-kantien que Villey."* BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. note 13, p. 260.

⁷⁹ VILLEY Michel, *ibidem*, p. 25.

⁸⁰ VILLEY Michel, *ibidem*, p. 16.

⁸¹ BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. note 13, p. 121.

B : Conséquence du positivisme sur l'interprétation du droit

Ce qui nous intéresse dans la question du droit naturel concerne non seulement les rapports qu'il entretient avec le droit positif mais également le regard critique, notamment de l'anthropologie juridique, sur les prétentions du droit naturel à se présenter comme universel. Le droit naturel, fortement influencé par la religion, est une thématique juridique très ancienne. On comprend bien que très tôt, philosophes, hommes de loi et/ou de foi, aient cherché à découvrir "*le fondement objectif de la distinction entre le bien et le mal, le juste et l'injuste, le droit et le tortu*."⁸² Tout le problème réside dans le fait de savoir si la réponse à ces questionnements relève de la "nature des choses" ou si elle émane d'une construction culturelle, élaborée à un moment et en un lieu donnés.

Les réflexions des auteurs influencés par le droit naturel comme Hobbes, Grotius, Kant ou Hegel ont abouti à scinder le droit en deux univers, opposant un aspect objectif, contenu dans la loi, et un aspect subjectif, contenu dans les droits que l'individu peut revendiquer. Ainsi, Loi et droit s'opposent : la première est la norme à laquelle il faut se soumettre alors que le second est une liberté que l'on peut utiliser. Dans cette façon de présenter le phénomène juridique, on perçoit encore la dualité qui le constitue, le droit perçu tantôt comme la Loi, tantôt comme l'exercice de droits. Établir le lien qui existe entre droit naturel et droit positif permet de déterminer comment ces deux sphères juridiques dialoguent. Le caractère extrêmement théorique et idéaliste de l'École du droit naturel a pu sous certains aspects accroître le rôle d'interprétation du juge. La construction jurisprudentielle des "principes généraux du droit" est une de ces manifestations. Ces principes dits "généraux" sont découverts, mis en lumière parce qu'ils sont communs à l'ensemble d'une société donnée. Dans ce sens, proches du code culturel, les principes généraux du droit ne sont pourtant "*pas des principes dont l'origine résiderait dans je ne sais quel droit naturel ou surnaturel*."⁸³ De plus, ce droit dit "naturel" n'est pas ressenti comme naturel universellement : comme une évidence, il est présenté comme ayant un seul contenu, reconnu par tous, partout (1). C'est faire bien peu de cas de la diversité culturelle, religieuse donc juridique (2).

⁸² SÉRIAUX Alain, *Le droit naturel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p, p. 7.

⁸³ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, op. cit. note 21, p. 41.

1) Les difficultés d'interprétation du droit

La conséquence directe du positivisme est le formalisme : le droit est perçu comme limité à ses seuls caractères formels, censés réduire toute interprétation. La limitation aux seuls caractères formels conduit à dévaloriser tous les autres points de vue. Le positivisme juridique s'inscrit dans un courant plus général de la pensée occidentale ; dans ce sens, son émergence est compréhensible et peut-être, était-elle inéluctable dans le contexte du début du 20^e siècle. Cependant, il n'interdit pas de s'interroger sur les objectifs que ce courant de pensée se donne : la forme fait le droit. Ce qui est visé, c'est l'absence de l'aléatoire et de l'hésitation dans les décisions. La principale victime de ce mouvement est le juriste qui dans son travail d'interprétation, voit sa marge de manœuvre réduite. Le positivisme et les phénomènes de codification ont en effet eu pour objectif annoncé de limiter l'incertitude et d'unifier les solutions pour des cas de même espèce. Cet objectif, louable a priori, oublie que la réalité sociale a toujours beaucoup plus d'imagination que les codes et les juristes qui les préparent. Ainsi, c'est un leurre de croire qu'il est possible et même envisageable de se passer de *"l'indispensable liberté d'interprétation, de l'irremplaçable imagination créatrice du juriste."*⁸⁴ L'interprétation de la loi, par les juristes en général, par les juges en particulier, en vue de son application, n'est pas une simple lecture. *"Les données historiques, morales, idéales, idéologiques, anthropologiques, économiques, sociologiques sont à examiner. Aucune exclusion n'est a priori justifiée. Un "point de vue" supplémentaire doit toujours être le bienvenu. Il n'y a pas lieu de s'en étonner dès lors que la méthode des sciences humaines est la compréhension, et non l'explication."*⁸⁵ Croire au sens littéral de la loi et en l'unité de son interprétation relève du fantasme⁸⁶. *"[À] partir d'une poussière de "faits" scientifiques, à coup d'"inductions", d'hypothèses, on n'atteindra jamais l'ensemble, son ordre, qui seul intéresse, sauf à reconstituer de travers, à n'en forger qu'une image fausse. Le positivisme ne voit pas les ensembles, il les reconstruit de la façon la plus arbitraire."*⁸⁷

Cette représentation vient de la relation entretenue entre Droit et loi, influencée par le courant de l'École du droit naturel. *"Pour les Grecs, les Romains ou les juristes médiévaux, la loi était la servante du Droit. Elle ne se justifiait pas parce qu'elle était loi, mais parce qu'elle était juste,*

⁸⁴ ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, op. cit. note 7, p. 96.

⁸⁵ ATIAS Christian, *ibidem*, p. 88.

⁸⁶ Pourtant, Christophe Jamin signale que *"de nombreux juristes français sont encore aujourd'hui persuadés, non seulement qu'il est possible de découvrir le vrai sens d'un énoncé juridique, mais aussi que celui-ci peut être doté d'un sens clair, immédiatement perceptible."* JAMIN Christophe, "Un modèle original : la construction de la pensée juridique française", *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, n° 596, 15 avril 2004.

⁸⁷ VILLEY Michel, "Sur une maladie de la section historique du droit", art. cit. note 58, p. 401.

conforme au Droit. (...) L'enseignement de l'École du Droit Naturel eut pour effet, hors d'Angleterre, d'inverser la hiérarchie : le Droit est devenu servent de la loi (en France, par l'effet de la loi du 16-24 Août 1790). Le droit qui n'existe pas dans l'état de nature, provient, dans la société, de la loi par laquelle sont définis les droits de chacun. Rien n'existe en dehors d'elle."⁸⁸ Les théoriciens de l'École du droit naturel ont marqué une rupture en voulant dépasser les acquis du droit civil romain, le système juridique qu'ils élaborent inverse l'influence attribuée aux sources du droit : la jurisprudence n'est censée que dire la loi, seule catégorie juridique considérée comme étant rationnelle. Effectivement, la plupart des manuels présentent le droit civil romain au travers des sources du droit. Or, Michel Villey constate que ces catégories juridiques ne figurent ni dans le Digeste, ni dans les Institutes. "*Ils exposent le droit romain sous les catégories de la loi, parce que notre droit est légaliste. (...) L'histoire positive est un instrument qui ne nous laisse rien percevoir des formes authentiques de la science juridique romaine. Et son résultat le plus clair fut de nous enfoncer dans les fausses représentations forgées par l'École moderne de droit naturel.*"⁸⁹ Dans le courant naturaliste, le rapport à la Loi, dans le sens du rapport au Droit en général, est complété par la place de l'individu et de ses droits.

"Le droit se manifeste à nous comme constitué des relations entre les membres d'un groupe social (ou bien entre groupes), nous estimons fou de prétendre en obtenir la moindre idée, si ce n'est par la voie de l'expérience : en observant au-dessus de nous-mêmes et hors de nous-mêmes, les groupes, les ensembles sociaux où sont inclus ces relations."⁹⁰ Cette façon de concevoir les manières d'appréhender le droit rejoint celle que nous essayons de mettre en œuvre ici. Cependant, poursuivant sa démonstration, Michel Villey récuse la possibilité de concevoir le Droit en partant de l'individu, il critique la notion de droit subjectif, considérant que le Droit ne doit pas être pensé dans une relation au sujet, mais "*à la nature des choses.*" Il considère que c'est l'homme qui doit tourner autour du droit et non le droit qui doit tourner autour de l'homme⁹¹. Pour nous, les deux angles de vue ne sont pas incompatibles et permettent de répondre à des questions d'ordres différents mais qui entrent en ligne de compte dans ce que recouvrent représentation du droit et culture juridique. Dans le sens exactement inverse à celui proposé par Michel Villey, Michel Alliot se réjouit, quant à lui, de constater que "*ce ne sont pas*

⁸⁸ ALLIOT Michel, "L'acculturation juridique", POIRIER Jean (dir.), *Ethnologie générale*, Paris : Gallimard, 1968, p. 1180-1236, p. 1201.

⁸⁹ VILLEY Michel, "Sur une maladie de la section historique du droit", art. cit. note 58, p. 404.

⁹⁰ VILLEY Michel préface de KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, op. cit. note 76, p. 18.

⁹¹ BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. note 13, p. 260-261.

les hommes qui sont soumis au texte, mais le texte qui est soumis aux hommes."⁹² L'opposition entre ces deux attitudes renvoie à la question du droit naturel et des droits subjectifs.

L'anthropologie juridique, quant à elle, se situe en position de réaction à la fois du droit naturel et du positivisme. *"L'école du Droit naturel nia que la nature eut créé autre chose que des individus isolés : elle s'attacha à découvrir les libertés dont elle les avait dotés et à définir les clauses les plus rationnelles du contrat passé par eux pour garantir leurs droits subjectifs tout en constituant la société. Dans les deux cas, la loi tire sa valeur de sa conformité à l'ordre voulu par la nature. A vrai dire, la diversité des lois a toujours rendu évidente la distance qui les séparait de cet ordre naturel. Mais dans l'Antiquité cette diversité disparue avec l'Empire et le droit romain put paraître alors comme l'expression même de la justice et de la raison. Et dans les temps plus récents l'accord qui se fit sur les notions dégagées par les juristes de l'École du Droit Naturel (droit subjectif, droit réel, droit personnel, etc...) put pendant quelques temps faire passer le même droit romain réinterprété par eux et les Codes qu'ils inspirèrent pour la voix moderne de la raison."*⁹³ On retrouve l'influence du droit naturel dans les discours relatifs aux droits de l'Homme. Si la protection des droits de l'individu nous paraît être un combat parfaitement justifié, c'est la présentation de ce discours, assorti de considérations occidentales – l'inspiration de ce discours est chrétienne – qui est battue en brèche par l'anthropologie juridique. La place de l'individu et des droits subjectifs qui lui sont inhérents est une conception qui oublie l'importance de l'organisation de la société autour du groupe. Dans les sociétés occidentales, les juristes forment seulement l'un de ces groupes sociaux dont les membres ont une perception particulière du droit, qui transparaît dans la société tout entière. Pour autant, d'autres voies et d'autres conceptions du droit existent et permettent d'intégrer la pluralité des perceptions du droit.

2) Les difficultés de définir le droit : de juristique à pluralisme juridique

La difficulté, lorsqu'il s'agit de définir ce que recouvre le droit, est que la définition privilégiée doit être suffisamment englobante pour faire état de toutes les pratiques juridiques, quelles que soient les latitudes. En d'autres termes, elle doit pouvoir intégrer de multiples traditions juridiques. Pour répondre à cet enjeu, on peut proposer une approche fonctionnelle du droit. *"Il convient d'avancer non en fonction de ce que le Droit est, mais en fonction de ce à quoi il sert,*

⁹² ALLIOT Michel, "Les transferts de droit ou la double illusion", *Bulletin de liaison du LAJP*, mars 1983, p. 121-131, p. 131.

⁹³ ALLIOT Michel, "L'acculturation juridique", art. cit. note 88, p. 1183.

c'est-à-dire privilégier ses modes d'expression et d'utilisation."⁹⁴ Dans cette hypothèse suffisamment large pour être applicable sous toutes les latitudes, Michel Alliot fait remarquer que cette définition tant recherchée n'est pas toujours la même selon justement les latitudes considérées. Il remarque que ce que les juristes appellent le droit en Occident est le discours juridique tandis que, dans les sociétés non occidentales, le droit devient non plus le discours mais les pratiques, d'où *"l'illusion d'optique"* quand il s'agit de transfert de système de droit⁹⁵. Dans notre conception, le phénomène juridique n'est pas l'un ou l'autre, sa réalité est constituée de ces deux facettes : discours et pratiques qui *"ne peuvent être disjoints"*. Les représentations qui nous préoccupent particulièrement participent de la construction du discours juridique avec les textes juridiques auxquels les représentations et les pratiques donnent un sens. D'autre part, la tentative de trouver une définition pour tous, applicable partout, n'est pas sans danger : vouloir *"considérer l'ensemble des sociétés humaines est à l'évidence impossible et un effort trop poussé en ce sens risque de diluer la pensée. (...) Anthropologues et juristes ont souvent succombé à la tentation de l'explication absolue, par les relations de pouvoirs, par les relations d'échanges ou par les relations de partage et l'on ne peut nier l'ampleur des vues que le marxisme, le structuralisme ou le jusnaturalisme présentent de la société en général et du droit en particulier. Mais en elles-mêmes ces notions de pouvoir, d'échange ou de partage réfèrent trop à l'occident étatique et marchand pour qu'on puisse s'empêcher de penser qu'elles jouent un rôle très différent de celui du droit officiel occidental."*⁹⁶ Outre ce danger, est-ce même possible ? Que ce soit en droit ou en histoire (deux approches qui nous apparaissent indissociables), Cornélius Castoriadis assure que le projet *"de compréhension et d'explication exhaustive des sociétés d'autrefois et d'ailleurs contient nécessairement à sa racine l'échec, s'il est pris comme projet spéculatif."*⁹⁷

Ainsi, le terme "droit" et son contenu sont devenus si "piégés" que certains auteurs préfèrent s'en démarquer, comme Michel Alliot lorsqu'il présente ce qu'il entend par la notion de "juristique". Le terme *"offre l'avantage d'éviter le mot droit, devenu ambigu depuis qu'il a subi en occident une mutation véritablement mythique. (...) Sa généralité [celle du droit] vient de ce qu'il est dans la nature de l'homme et de la société. Être c'est lutter, individuellement et collectivement. (...) Vivre en société, ce n'est donc pas seulement lutter, c'est aussi s'entendre sur la légitimité ou*

⁹⁴ LE ROY Étienne et HESSELING Gerti, "Le droit et ses pratiques", *Politique africaine*, n° 40, décembre 1990, p. 2-11, p. 7.

⁹⁵ ALLIOT Michel, "Les transferts de droit ou la double illusion", art. cit. note 92, p. 124.

⁹⁶ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juridique...", art. cit. note 17, p. 84 et 90.

⁹⁷ CASTORIADIS Cornélius, *L'institution imaginaire de la société*, op. cit. note 15, p. 229.

l'illégitimité de ces pratiques et sur la suite qu'il convient de leur donner."⁹⁸ Nombreux sont ceux qui élargissent la notion de droit au terme de juridicité pour se départir des attributs traditionnels. "*La tradition classique de la norme juridique comme obligation assortie d'une sanction*" ne suffit pas pour définir le droit. "*Ce qui fait l'objet de la science juridique, ce n'est donc pas la loi, ni le droit ainsi défini, mais la juridicité.*"⁹⁹ Que cette dernière renvoie à un attribut, à un critère, à une propriété ou à une combinaison de ces trois modalités comme le préconise Étienne Le Roy¹⁰⁰, la juridicité permet d'élargir la définition du droit, en l'intégrant dans la société. A cet égard, rapprocher droit et société, c'est également rapprocher droit et individu, réceptacle et utilisateur du droit et des droits. Associer la définition du droit et celle du pluralisme juridique est nécessaire car reconnaître une situation de pluralisme juridique revient à reconnaître que, dans un groupe organisé au-delà de la structure étatique, existe un type d'organisation qui relève du phénomène juridique. La liaison entre les deux explique que des difficultés similaires se posent : d'une certaine façon, la difficulté de définir et d'analyser le pluralisme juridique correspond à la densité des débats qu'il entraîne : cette notion draine avec elle des thèmes aussi "monstrueux" que, notamment, les définitions, et du droit, et de l'État...

§ 2 : *Ni positiviste, ni naturaliste : la question du pluralisme juridique*

La question du pluralisme juridique nous intéresse à deux titres. Le premier nous permet d'établir une rupture avec l'idée d'unité absolue du droit occidental. L'existence de plusieurs traditions juridiques est l'une des sources de nos développements sur les situations québécoise et sénégalaise. Mais si l'on observe des visions différentes de percevoir le droit, notamment entre Common Law et droit civiliste, dans le premier contexte, c'est parce qu'a eu lieu le "*respect du pluralisme juridique conférant à l'Europe l'un des pans essentiels de son identité.*"¹⁰¹ L'autre intérêt des questionnements autour du pluralisme juridique ouvre l'horizon au-delà de l'aire occidentale et introduit des conceptions et des manières de vivre le droit qui obligent à reconsidérer le caractère universel de certains de ses éléments tel qu'il est présenté par le courant des juristes positivistes. Ce type de pluralisme juridique est celui que l'on observe dans les perceptions du droit des Amérindiens au Canada et les pratiques traditionnelles au Sénégal. Ces

⁹⁸ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique...", art. cit. note 17, p. 85.

⁹⁹ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, op. cit. note 21, p. 4-5.

¹⁰⁰ LE ROY Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société, série anthropologique, n° 28, 1999, 415p, p. 187.

¹⁰¹ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, op. cit. note 4, p. 47.

différents exemples laissent à voir que le pluralisme juridique peut désigner des phénomènes très variables. Pour l'heure, nous dirions que le pluralisme juridique peut s'inscrire aussi bien dans une échelle "macro-juridique" quand il reflète l'existence de différentes cultures juridiques au niveau mondial, que dans une échelle "micro-juridique" quand il met ces différentes cultures juridiques en présence dans un même espace social, en général dans un contexte étatique. Les tenants du pluralisme juridique ont une attitude sinon hostile à l'égard de l'État, tout au moins une attitude qui tend à nuancer le rôle de l'État. Cependant, il ne nous semble pas réaliste de parler du pluralisme juridique en éludant entièrement la question de l'État. Et ce, pour des questions de réalisme aussi bien contemporaines (la question de l'État, notamment par le truchement du débat à propos de la perte de vitesse étatique actuelle) qu'historiquement plus anciennes dans la mesure où l'intérêt scientifique pour le pluralisme juridique est né en réaction à l'activité grandissante de l'État. *"Historiquement déterminé dès son origine, le contenu de la notion de pluralisme juridique a évolué au rythme de l'évolution du phénomène d'étatisation et plus particulièrement en rapport avec la transformation du droit étatique."*¹⁰² Nous rappellerons le contexte d'émergence de la notion dans les disciplines juridiques (A) et le blocage que constitue la question étatique dont les juristes occidentaux hésitent à s'émanciper (B), afin de distinguer les différents discours et angles de vue possibles sur la question du pluralisme juridique (C).

A : A la recherche d'éléments de définition du pluralisme juridique

Dans la littérature francophone, les discussions relatives au pluralisme juridique ne peuvent se distancier du rôle que prend ou que devrait prendre l'État. Ce phénomène est particulièrement prégnant dans la littérature française sur la question et reflète bien l'omniprésence étatique dans les réflexions juridiques, trait assez spécifique de cette culture juridique dont nous aurons l'occasion d'examiner les tenants et les aboutissants, dans notre deuxième titre. Rappelons le contexte d'émergence, au début du 20^e siècle, de la notion de pluralisme juridique dans l'histoire des sciences et de la science juridique (1) qui permettront de discuter les évolutions de la définition proposée par Jacques Vanderlinden (2).

¹⁰² BELLEY Jean-Guy, "L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique", *Sociologie et sociétés*, 1986, vol. 18, n° 1, p. 11-32, p. 12.

1) Relativité et pluralisme de la réalité dans le monde des sciences

Le pluralisme juridique est un phénomène qui a précédé l'unité du droit. C'est seulement dans un deuxième temps que le besoin et la volonté politique d'unité juridique sont apparus. L'intérêt scientifique pour la notion de pluralisme juridique est encore plus tardif et n'intervient qu'au début du 20^e siècle. Ce rétablissement de l'ordre chronologique de ces faits d'une part, et de l'intérêt scientifique sur ces mêmes faits d'autre part, peut être mis en parallèle avec le couple de notions tel que "la pyramide et le réseau" où l'intérêt théorique pour les réseaux est ultérieur à leur effectivité dans les pratiques juridiques. Cette remarque pour confirmer l'idée que les pratiques sont réellement le cœur de phénomènes juridiques. Les théorisations sur le pluralisme juridique ont commencé à *"l'âge du nouvel esprit scientifique, qui débute au tournant du siècle et correspond à l'élaboration des théories "non classiques" (relativité, physique quantique, géométries non euclidiennes, logiques non standard, etc). Ici l'esprit, renversant les anciennes certitudes, élabore des synthèses complètement inédites et extrêmement abstraites, en rupture totale avec les connaissances antérieures et avec l'intuition sensible."*¹⁰³

Le fondateur de l'Adat Law School, Van Hollenhoven (1874-1937) peut être à plusieurs égards considéré comme le fondateur du pluralisme juridique, par son refus de considérer la sanction comme critère du droit et en soulignant l'importance de l'utilisation des catégories juridiques de la pensée et de la langue des groupes autochtones qu'il étudie¹⁰⁴. Le début du siècle connaît une révolution scientifique dont la théorie de la relativité présentée par Albert Einstein est l'emblème. Le mouvement concerne aussi les historiens, les études historiques ayant eu aussi leur époque positiviste. *"Or, cette histoire (outil presque parfait de connaissance du passé) est une histoire inutile, parce que sans but. Elle se prétendait objet et sujet. Elle était restée proche de ce qu'elle avait été au départ : une chronique, non plus du prince, mais la chronique précise de l'État. A notre niveau, elle fut la chronique méticuleuse des entreprises, hors d'Europe, des nations et des États. Une chronique qui se voulait objective et totale. Jamais l'histoire ne fut, pourtant moins objective. Jamais elle ne fut moins totale. La rupture se place à la hauteur des années 30, avec la construction, face à l'histoire positiviste, de plusieurs termes possibles en vue de véritables alternatives. L'histoire géographique est, évidemment, dans le domaine des grandes découvertes, le terme privilégié de l'alternative."*¹⁰⁵ Ce nouvel état d'esprit scientifique se retrouve non seulement dans les sciences dites dures ou de la matière mais aussi dans l'ensemble des sciences.

¹⁰³ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 170.

¹⁰⁴ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, 496p, p. 109.

¹⁰⁵ CHAUNU Pierre, *L'expansion européenne du XIII^e au XV^e siècle*, Paris : PUF, coll. Nouvelle Clio, 1983, (1^e éd. 1969), 396p, p. 253.

La portée de ces changements concerne aussi la communauté juridique et la représentation dominante du droit¹⁰⁶.

Dans le processus de pluralisme juridique, deux mouvements qui peuvent se développer dans le même temps sont à considérer : d'une part, l'État voit son rôle redéfini dans le sens d'une relativisation, d'autre part, les autres organisations juridiques sont associées à la vie normative de la société. Ainsi, *"la science juridique sait désormais que l'État est uniquement une des organisations dans lesquelles le droit s'organise. (...) Hauriou n'hésite pas à reconnaître que les expériences juridiques collectives sont infiniment variables."*¹⁰⁷ Dans la définition que donne Léon Duguit du droit, un embryon de la notion de pluralisme juridique apparaît, avec la notion de contrainte sociale. *"Ce n'est donc ni l'État, ni la force qui créent le droit, et, bien souvent la règle de la sanction est encore inorganisée. (...) Il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée."*¹⁰⁸

A la même période, Maurice Hauriou, juriste moniste qui considère qu'il n'y a pas d'opposition entre droit positif et droit naturel, admet pourtant lui aussi l'existence de *"deux systèmes de droit différents et comme deux séries juridiques qui, quoique tendant dans l'ensemble au même résultat du bien individuel et social, n'y tendent pas par les mêmes moyens, ces deux séries étant en contradiction sur certains points."*¹⁰⁹ Parmi ces droits autonomes, l'auteur situe l'État qu'il présente comme la plus puissante des institutions mais qui ne diffère pas essentiellement des autres institutions. Nous voyons que le pluralisme juridique apparaît chez les premiers auteurs en référence au rôle de l'État. *"Dans ce monde idéal, tout est rapporté à l'unité de la loi et de son auteur. Des germes existent cependant, des ferments se développent qui disent assez que ce monde, soumis à la tentation, s'achemine déjà vers le péché, c'est-à-dire la pluralité, la désagrégation et la chute."*¹¹⁰ Ainsi, les premières positions sur le pluralisme juridique ne peuvent se départir de l'entité étatique. Pour nous qui tentons de présenter l'évolution de cette notion, il ne nous paraît pas raisonnable de ne pas en faire état. Le cheminement de Jacques Vanderlinden dans sa recherche de définition a justement pour objectif de rééquilibrer les rôles

¹⁰⁶ BELLEY Jean-Guy, "Paradigmes et innovations : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques", *Revue Droit et société*, 1994, n° 9, p. 163-179, p. 168. (Attention, il s'agit de l'édition canadienne. La référence de ce volume ne correspond pas à celle de l'édition française de la revue qui traite un thème différent.)

¹⁰⁷ INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", John GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles : Editions de l'université de Bruxelles, Institut de sociologie, 1972, 332p, p. 57-84, p. 74 et 66.

¹⁰⁸ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 1927, p. 94, cité par INGBER Léon, *ibidem*, p. 62.

¹⁰⁹ INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", art. cit. note 107, p. 66.

¹¹⁰ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, op. cit. note 21, p. 13.

entre individu et État dans la vision du pluralisme juridique. Notons que les détours de la réflexion de cet auteur attestent de la complexité de l'exercice.

2) Entre État et individu

La première position de Jacques Vanderlinden date de 1969 et définit le pluralisme juridique comme *"l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques."*¹¹¹ Cette définition, reprise par le *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, a "poursuivi" longtemps son auteur. Vingt années plus tard, trois raisons de réviser sa position lui sont apparues. La première concerne d'abord la définition du droit, l'auteur est en désaccord avec la définition du droit défendue par Jean Carbonnier qui ne reconnaît pas de caractère juridique à ce qu'il appelle les infra-droits. Jacques Vanderlinden, en revanche, pense qu'il y a droit dès que *"les personnes en cause les [les infra-droits] croient juridiques"*¹¹² et remplace le mot *"règle"* par le mot *"mécanisme"* pour une conception élargie du champ du droit. Il ajoute aux sources traditionnelles du droit civiliste (loi et coutume), doctrine, jurisprudence et actes de la pratique. Ensuite, il identifie le droit comme étant un ordre régulateur parmi d'autres, mais particulier (*"plus totalitaire et plus autonome"* que les autres) où l'intégration par le système juridique classique, souvent celui de l'État, des systèmes réfractaires, *"les sous-droits"*, s'établit sous *une forme hiérarchisée*. Mais si un système est institué en système de référence, souvent celui de l'État, on ne peut plus parler vraiment de pluralisme juridique. La conséquence de l'existence d'un système de référence est que sont écartées du pluralisme juridique de nombreuses hypothèses telles que les situations coloniales (alors même qu'elles ont souvent été à l'origine des questionnements relatifs au pluralisme juridique), les cas mixtes comme le Québec dans le Canada ou encore les cas d'ordres régulateurs différents dont l'acception remet en cause le caractère moniste comme dans le cas du système français. Enfin, l'auteur doute de définir le pluralisme juridique en considérant les ordres juridiques au-delà de l'État dans la mesure où les sociétés sont elles-mêmes totalitaires et instaurent elles-mêmes un *"ordonnancement"* juridique avec une hiérarchisation. Il rejette donc le terme *"société"* de sa définition de 1969 car État et société sont à même de poser les mêmes difficultés. De plus, il constate que la société de référence est souvent implicitement celle de l'auteur. *"C'est*

¹¹¹ VANDERLINDEN Jacques, "Le pluralisme juridique. Essai de synthèse", John GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, op. cit. note 107, p. 19-56, p. 20.

¹¹² VANDERLINDEN Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 1993-2, p. 573-583, p. 575.

*précisément contre cet "auto-centrisme" que je souhaite réagir en déplaçant l'approche du phénomène en direction de l'individu."*¹¹³

La proposition de 1993 se fait également en trois temps : partir de l'individu, et non plus de l'État ou de la société, ajoute une dimension personnelle au phénomène juridique où l'individu est le point de rencontre de multiples réseaux sociaux. La hiérarchie des mécanismes juridiques est ainsi nuancée car l'individu détermine lui-même les ordonnancements, ce qui permet de *"partir du sujet de droits plutôt que du droit lui-même."*¹¹⁴ Ce qui aboutit à proposer un nouveau cadre pour le débat : étant donné que *"le pluralisme juridique est considéré comme la soumission simultanée d'un individu à une multiplicité d'ordonnancements juridiques"*, c'est *"la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation."*¹¹⁵ Le changement relève d'un angle de vue différent. Tout individu quelle que soit sa situation dans le monde, réagit de la même façon, c'est-à-dire par rapport à ce qu'il connaît du droit et à sa compréhension du monde. Autrement dit, chacun voit midi à sa porte, tout l'enjeu étant de déterminer à quoi correspond midi pour chacun. Relativement à la question du choix que peut avoir l'individu entre les différents ordres juridiques, un commentaire est nécessaire.

Il y a pluralisme juridique si et seulement si l'individu a le choix entre différents systèmes. Il apparaît que le critère de non-hiérarchie entre les ordres juridiques est un critère d'existence d'une situation de pluralisme juridique, ce n'est pas un concept connexe à la notion mais bien un élément constitutif. Ainsi, dans les situations coloniales, selon Jacques Vanderlinden, il ne s'agissait pas réellement du pluralisme juridique car il n'existait pas de vrai choix entre les différents champs qui n'étaient pas réellement autonomes. Étant donné que s'instaure toujours une hiérarchie entre les ordres, il n'existe pas de vraie situation de pluralisme juridique. Est-ce un mal ? Le rôle de l'État et de son droit n'est-il pas et ne doit-il pas rester un garant d'une certaine égalité ? Cette position centrée sur l'individu a également la caractéristique d'offrir une vision qui semble ne pas rendre compte de l'existence avérée d'une pluralité de cultures juridiques. Les définitions proposées pour le pluralisme juridique occultent parfois que celui-ci, considéré dans sa vision la plus globale, relève non pas d'un objectif politique mais d'un constat de la réalité des pratiques du droit : à travers le monde, différentes cultures juridiques existent et il paraît difficile

¹¹³ VANDERLINDEN Jacques, *ibidem*, p. 579.

¹¹⁴ VANDERLINDEN Jacques, *ibidem*, p. 581.

¹¹⁵ VANDERLINDEN Jacques, *ibidem*, p. 583.

de nier cette réalité. En fait, souvent cette observation de bon sens n'est pas approfondie par les auteurs occidentaux car elle est occultée par la discussion du rôle attribué à l'État dans les situations de pluralisme juridique.

B : Le rôle de l'État dans les théories du pluralisme juridique

Que les auteurs tendent vers une diminution du rôle de l'État ou au contraire prônent la défense de ses attributions, la question étatique leur paraît incontournable. Il est nécessaire de re-situer le contexte idéologique d'émergence du pluralisme juridique pour deux raisons. La première pour comprendre quels ont été les mobiles de réactions des premiers auteurs sur la question. La seconde pour déterminer sur quelles théories s'appuyait le positivisme juridique, conception dominante des juristes au début du 20^e siècle, notamment en précisant le lien que cette conception entretient avec l'État libéral dans la mesure où, dans ce cas, doctrine juridique et doctrine politique sont liées. Outre la question de déterminer les raisons d'un "soudain" intérêt pour la question du pluralisme juridique au début de 20^e siècle, l'étude du contexte nécessite de se pencher également sur les positions et les valeurs défendues par les conceptions dominantes des juristes de cette époque, cette conception dominante étant toujours largement représentée aujourd'hui parmi les juristes (1). La manière différente d'envisager le droit pour ces auteurs est liée au contexte juridique et politique et à la perception qu'ils avaient du rôle attribué à l'État (2).

1) Dangers du monopole étatique, dangers du pluralisme juridique

Pour discuter le rôle de l'État dans les théories du pluralisme juridique, il n'est pas suffisant de poser que ce dernier s'oppose au positivisme juridique, il est également nécessaire d'introduire dans la discussion des éléments politico-économiques relatives aux actions attribuées à l'État pour organiser la société et poser la question du libéralisme, comme doctrine économique et politique. N'y a-t-il pas un paradoxe à établir un lien entre pluralisme juridique et libéralisme ? Étant donné que les deux approches tendent à réduire le rôle de l'État, peut-on affirmer que les tenants du pluralisme juridique sont des libéraux ? D'un point de vue politique ou économique ? Dans le cas contraire, il est nécessaire de détailler, en amont, le cheminement des idées pour tenter de déterminer s'il existe une distinction entre les deux pensées, deux pensées qui aboutissent à la même conclusion : réduire le rôle de l'État. La position libérale réduit le rôle de l'État surtout dans le domaine économique, car juridiquement, le droit étatique reste le seul reconnu comme valable où la loi est "*la première source formelle*." Peut-on établir, sans artificialité, des connexions entre ces phénomènes et les réflexions relatives au pluralisme

juridique ? Dans ce sens, Léon Ingber donne deux exemples : les moments de "*pouvoir central faible*" voient se multiplier les autorités tandis que "*le renforcement du pouvoir de l'État entraîne au contraire une diminution, voire une suppression des institutions non étatiques*."¹¹⁶ Une des questions consiste à déterminer de quel État l'on parle. Est-il de même nature ?¹¹⁷

L'émergence des réflexions sur le pluralisme juridique doit être replacée dans son contexte historique et politique. Un lien peut être établi avec le rôle nouveau de l'État au sortir du premier conflit mondial : la politique dirigiste de reconstruction s'accompagne d'une monopolisation du droit. Ce phénomène de centralisation politique et juridique peut avoir accéléré et accentué les réactions en faveur du pluralisme juridique. Prolongeant les théories de Léon Ingber, Norbert Rouland note qu'"il paraît possible de penser que l'émergence simultanée du pluralisme (...) est une des réactions qu'opposa la société aux tentatives d'extension par l'État du champ de ses compétences."¹¹⁸ L'argument selon lequel pluralisme juridique et État sont les deux éléments d'un couple étroitement liés, est conforté par le constat que les questions relatives au pluralisme juridique émergent et ré-émergent toujours aux temps forts de la vie de l'État, que ce soit au moment de l'essor des fonctions étatiques entre les deux guerres ou, au contraire, quand l'État connaît une crise de sa souveraineté. Le pluralisme juridique que les libéraux prônent, dans l'optique de réduire le rôle de l'État, va dans le sens de la décentralisation. Or, les opposants au monopole juridique de l'État ne le sont pas nécessairement pour les mêmes motifs et arguments. Les premiers prônent un pluralisme juridique hors de l'État, dans un mouvement centrifuge qui s'apparente à celui des privatisations et de la décentralisation. Les autres tenants du pluralisme juridique le conçoivent en revanche en préservant le rôle social de l'État et le respect des cultures juridiques différentes. Ainsi, ceux qui s'intéressent au pluralisme juridique considèrent selon des visions différentes le même objet, d'où l'importance de la question de leur motivation et des "idéologies sous-jacentes" pour comprendre les objectifs de leur démonstration.

Une des conséquences souvent éludée du pluralisme juridique est que, hors de l'État, la hiérarchie et la violence émanant des rapports sociaux peuvent être encore plus féroces que celles déployées par l'État. En effet, le pluralisme juridique peut être une modalité du droit et de

¹¹⁶ INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", art. cit. note 107, p. 82.

¹¹⁷ Ces réflexions ont été suscitées particulièrement par la confrontation de trois façons de concevoir le pluralisme juridique, et conséquemment l'État, lors de la préparation avec Akuavi Adonon et Pauline Versini-Campinchi de l'article "Variations sur le pluralisme juridique : au carrefour de trois cheminements", *Cahiers d'anthropologie du droit*, LAJP et Karthala, 2003, p. 65-80. Les discussions de préparations ont été l'occasion de mises au point nécessaires tant, venues d'horizons géographiques et/ou disciplinaires différents, nous ne faisons pas référence au même modèle d'"État".

¹¹⁸ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, op. cit. note 104, p. 82.

l'État libéral. Une précision est nécessaire sur l'État considéré dans le débat sur le pluralisme juridique. Cette remarque s'explique parce que l'on trouve parmi les tenants du pluralisme juridique, des auteurs qui tiennent des positions parfois contradictoires vis-à-vis de l'État. En termes explicites, certains prônent un État limité à ses fonctions régaliennes pour que les groupes puissent organiser librement la société ; tandis que d'autres reconnaissent un caractère juridique aux pratiques sociales et vont dans le sens d'un État qui participe activement aux besoins sociaux. La question revient à se demander comment dans ce dernier cas, l'on peut à la fois reconnaître le rôle actif de la société dans sa propre organisation, tout en préservant le rôle d'intervention sociale de l'État. En fait, l'État, dans chacun des cas, n'est pas de même nature. Le pluralisme juridique s'exprime et se développe différemment selon le contexte étatique. Le pluralisme juridique change de visage selon que l'État est considéré comme acteur social à part entière ou réduit à un rôle d'État-gendarme. Cette question de la nature de l'État se pose dans la mesure où le pluralisme juridique a émergé à une époque où l'État-providence était envisagé et d'actualité. C'est pourquoi le pluralisme juridique peut aussi être perçu comme une réaction à la mise en œuvre des principes de l'État-providence, type d'État jugé trop interventionniste par les libéraux du début du siècle. Remarquons cependant, que cette attitude à l'égard d'un État omniprésent relève d'une peur mythique qu'ont les libéraux de l'État, en effet, "[nous] *pensons qu'il est dans la logique de l'État de s'approprier le monopole du droit. Dans les démocraties occidentales, il n'y est jamais totalement parvenu, et le centralisme juridique demeure un mythe, mais un mythe qui possède une grande puissance organisatrice, au point qu'il a pénétré les représentations du droit faites par la majorité des juristes sous une forme quasi-moniste : par rapport à la loi, jurisprudence et doctrine (certains refusent même à cette dernière la qualification de source du droit) comptent peu.*"¹¹⁹ Le pluralisme juridique d'aujourd'hui est encore tributaire de cette manière de voir et de penser en se référant à l'État ; mais la notion s'est étoffée puisqu'elle s'attache également maintenant à reconnaître dans une perspective plus large que le pluralisme juridique concerne la différence entre les cultures juridiques à une plus grande échelle.

En outre, certains auteurs soulignent à juste titre les dangers ou risques potentiels que le pluralisme juridique renferme. Les principales réticences mettent l'accent sur la violence des groupes sociaux dont il est nécessaire de tempérer les abus de puissance. Il est caricatural d'avancer que la violence ne viendrait que de l'État et de son droit. Elle y est assurément

¹¹⁹ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, op. cit. note 104, p. 75.

présente, mais comme dans la société en général. Dans ce cas, comment procéder pour que le pluralisme juridique ne devienne pas le règne de "la loi du plus fort" ? N'oublions pas que la société civile *"n'est pas naturellement ou spontanément consensuelle"* et que *"le conflit d'intérêt est l'une des constances de l'interaction sociale."*¹²⁰ Paradoxalement, la question du pluralisme juridique naît autour de l'État, mais surtout à l'occasion des éventuelles défaillances de ce dernier. Ainsi, quand les auteurs s'interrogent sur le rôle que pourrait jouer l'État dans le pluralisme juridique, leurs remarques émanent soit de leur méfiance, soit à l'inverse, de leur souci de pallier son incapacité.

2) Le rôle de l'État dans les théories du pluralisme juridique

Dans la relation du pluralisme juridique avec l'État, plusieurs questions se posent à des niveaux différents dans le processus d'acceptation d'une situation de pluralisme juridique. Celui-ci peut-il se concevoir dans l'État ? Autrement dit, après avoir constaté qu'il n'existait aucune situation de pluralisme juridique réelle, l'État étant toujours juridiquement très présent, peut-on concevoir que l'État participe à la construction d'une situation de pluralisme juridique ?

Certains auteurs perçoivent le pluralisme juridique comme un phénomène qui peut être inclus dans le système étatique. Léon Ingber estime que *"[le] fait qu'un centre de déterminations juridiques naît et se développe indépendamment de l'État, n'exclut pas qu'il soit attiré à un moment donné, dans l'orbite de l'État lui-même."*¹²¹ Tandis que d'autres, plus radicaux, Gurvitch par exemple, excluent cette hypothèse : le pluralisme juridique ne se conçoit qu'à l'extérieur de l'État, même en opposition à lui. Gurvitch introduit la notion en France dans son ouvrage *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, en 1935. Même s'il considère que le pluralisme judiciaire ne peut pas être considéré comme du pluralisme juridique, il conserve cependant une *"approche moniste du droit, dans la mesure où ces sources formelles trouvent toutes leurs origines dans l'État."*¹²² Léon Ingber confirme cette position et considère que Gurvitch évoque davantage des situations de pluralité des sources du droit plutôt que de pluralisme juridique. Après avoir distingué le critère du droit, l'auteur évoque *"la vanité des prétentions de l'État à prédominer a priori, au point de vue du droit, sur tous les autres groupes – foyers générateurs de leur propre ordre juridique et centres d'expériences juridiques, non*

¹²⁰ BADIE Bertrand, Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, Paris : Grasset, coll. Pluriel, 1982, 238p, p. 98.

¹²¹ INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", art. cit. note 107, p. 71.

¹²² ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, op. cit. note 104, p. 81.

moins qualifiés et importants que ne l'est l'État."¹²³ Cependant, Gurvitch, taxé d'hyperpluraliste, semble pourtant reconnaître que la prédominance de l'État "*ne peut elle-même être justifiée que par la sociologie juridique constatant l'adaptation de cette technique à un type particulier de la vie juridique.*" Autrement dit, dans ce passage, il semble prendre en compte la situation juridique, en partant non pas de la théorie mais d'une constatation du fonctionnement de la société¹²⁴. Dans le même sens de radicalisme anti-étatique, Griffiths, dans son article de 1986¹²⁵, fait une rupture radicale avec l'État, "*repoussé toujours plus loin de la société*"¹²⁶, attitude qui conduit Norbert Rouland à se demander si cette position n'est pas une "*impasse théorique*". On parle d'un mythe de l'unité du droit mais ne peut-on pas considérer qu'il existe également un mythe du pluralisme juridique ?

C : Pluralisme juridique théorique et pluralisme juridique de la pratique

Les positions des auteurs sont fortement influencées par leur discipline de prédilection qui donne des points de vue souvent très différents. Certains considèrent que le pluralisme juridique en pratique relève d'une illusion¹²⁷. L'État doit-il (peut-il) gérer le pluralisme juridique ? Si oui, selon quelles modalités d'intervention ? A croire certains auteurs, la moindre intervention de l'État écarterait d'office la possibilité de constater une situation de pluralisme juridique ; il n'existerait aucune situation de pluralisme juridique. Soit. Ces positions posent la question de la justification d'instaurer un pluralisme juridique coûte que coûte. Dans certains cas, il est présent ; c'est une donnée du terrain, le discours se doit d'être descriptif. Ce questionnement met en évidence que les logiques sur la question du pluralisme juridique dépendent beaucoup des angles de vue adoptés et du degré de pluralisme juridique (1). Mais dans les cas où une situation de pluralisme juridique ne se présente pas de manière évidente, pourquoi faudrait-il l'imposer ? Le pluralisme juridique se manifeste lors de la rencontre des cultures juridiques mais il se joue surtout dans les pratiques des individus (2).

1) Différents degrés de pluralisme juridique

Le pluralisme juridique évoque l'altérité, l'Autre et sa différence culturelle, et rend compte de l'existence d'une autre voie possible. En somme, ce que recouvre la notion a des consonances d'ouverture et de curiosité vers l'Autre et l'Ailleurs. Cependant, il n'existe pas un seul discours

¹²³ INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", art. cit. note 107, p. 75.

¹²⁴ INGBER Léon, *ibidem*, p. 81.

¹²⁵ GRIFFITHS John, "What is legal pluralism ?", *Journal of legal pluralism*, 1986, 24.

¹²⁶ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, op. cit. note 104, p. 90.

¹²⁷ ROULAND Norbert, *ibidem*, p. 91.

autour du pluralisme juridique. Lorsque l'on s'interroge sur ce qu'il recouvre, il est important de distinguer la description d'une situation de pluralisme juridique et le discours sur la notion. Cette distinction qui renvoie aux différents discours envisageables (descriptif, prospectif), est importante dans nos raisonnements, dans la mesure où l'ambiguïté portant sur la nature du discours participe au décalage entre théorie et pratique et contribue à la mythification. D'autre part, lors de la présentation des divers discours, nous procédons de la même manière que lorsqu'il s'est agi de "définir le droit". Ces courants et positions permettent de sortir du débat "pour ou contre" le pluralisme juridique. En effet, dans certains cas, la question ne se pose pas, c'est un état de fait, il n'y a pas à être pour ou contre : le pluralisme juridique s'est développé, selon les circonstances historiques et politiques. Là où les prises de positions peuvent conduire à un débat, c'est quand il s'agit de s'interroger sur son niveau de mise en œuvre.

Les discours critiques considèrent que le pluralisme juridique surqualifie des phénomènes qui sont à la limite du juridique, ce qui renvoie à la question de la frontière du droit et au seuil à partir duquel le phénomène devient juridique. La position de Gurvitch qui considère que "*pluralisme et unité ne sont pas contradictoires*"¹²⁸ pourrait être assimilée à ces positions théoriques, orientées, qui ne sont pas une description des réalités possibles, mais plutôt un souhait, une solution vers laquelle l'auteur aimerait tendre. Dans ce sens, Andrée Lajoie souligne l'orientation des auteurs qui a une influence sur le type de définition. Dans ce dernier cas, elle critique celle qui relève du discours idéologique qui pose le postulat de la nécessité ou l'universalité du pluralisme juridique : "*il existerait partout une multiplicité d'ordres juridiques concurrents, – une affirmation qui, élargissant la notion de droit à l'infini, postule ce qui devrait être prouvé, et prive la recherche en théorie et en anthropologie du droit d'un champ d'investigation.*" Selon cette auteure, "*il y a donc plusieurs sortes de pluralisme*"¹²⁹, selon l'orientation théorique, qu'elle soit stipulative ou descriptive.

Il nous semble qu'il s'agit moins de différentes sortes de pluralisme juridique que de façons de le concevoir et de l'envisager. Dans cet ordre d'idée, cette impression est partagée par les auteurs qui, bien qu'intéressés par la notion, ressentent certaines difficultés à en saisir les aboutissants. Ainsi, François Ost émet quelques réserves concernant le caractère opérationnel du pluralisme juridique. La difficulté selon lui se situe au niveau de la simultanéité des différents systèmes : à

¹²⁸ INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", art. cit. note 107, p. 76.

¹²⁹ LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Maurice, BISSONNETTE Alain, NORMAND Sylvio, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville : Yvon Blais, 1996, 303p, p. 11.

l'appui du dessin *Relativité* d'Escher où sont représentées trois saynètes qui ne peuvent être observées simultanément dans leur bon sens, il s'interroge, par analogie, sur la possibilité d'observer différents systèmes juridiques coexistants. Michael Thaler utilise également ce genre de comparaison graphique pour mettre l'accent sur la nécessité de préciser la perspective que l'on adopte pour parler du pluralisme juridique. Il emprunte la figure du "*Canard-lapin*" de Wittgenstein où selon son angle de vue, apparaît un lapin ou un canard. Ces différents exemples, a priori peu juridiques, utilisés par les auteurs, montrent la difficulté de concevoir et d'appréhender conceptuellement le pluralisme juridique. Michael Thaler continue dans ce sens et évoque "*l'accès privilégié au système juridique*". Il reconnaît la valeur scientifique de la question du pluralisme juridique : "*trouver un dénominateur commun ne représente pas seulement un acte de violence pour la matière juridique mais la prive aussi d'une qualité essentielle. La pluralité est une qualité essentielle... ce serait une erreur de l'exclure.*"¹³⁰ Mais pour lui, cet accès doit être précisé, la question n'est pas de mesurer l'intérêt de tel ou tel accès, mais seulement de préciser le point de départ de son cheminement pour analyser le pluralisme juridique. A cet égard, cette manière d'entrer dans la question de Michael Thaler évoque la position de Jacques Vanderlinden passant de l'angle de vue de l'État à celui de l'individu. Cette position de départ est influencée et complétée par l'approche théorique adoptée, "*le voile idéologique*" selon l'élégante expression du même Michael Thaler, car "*il n'existe pas de matière juridique neutre*"¹³¹.

Le lien entre droit et État est toujours clairement établi chez certains juristes. "*Le problème n'est pas tant ici, on doit en prendre conscience, de savoir si cette vision moniste du droit correspond à la réalité du droit, et si effectivement, il existe un ou plusieurs centres générateurs du droit. Ce problème-là est un problème de sociologie du droit.*"¹³² Gérard Timsit continue en distinguant ordre juridique vécu et conçu, une distinction qu'il emprunte à Claude Lévi-Strauss : "*Un ordre juridique est un ordre conçu avant d'être vécu. Il n'a pas besoin d'être effectif pour être valide. (...) Cela signifie seulement la distance qui sépare l'ordre conçu de l'ordre vécu ; non l'inexistence de l'ordre conçu.*"¹³³ Théoriquement, cette proposition est tout à fait recevable, cependant notre propos ne se veut pas relever seulement de la théorie du droit : même si le droit tel qu'il est conçu attire naturellement notre attention, le droit tel qu'il est vécu ne peut pas être

¹³⁰ THALER Michael, "L'ordre juridique entre unité et pluralité", TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, Paris : Publication de la Sorbonne, 2001, 189p, p. 167-180, p. 171.

¹³¹ THALER Michael, *ibidem*, p. 168.

¹³² TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris : PUF, Les voies du droit, 1997, 205p, p. 147.

¹³³ LÉVI-STRAUSS Claude, *Anthropologie structurale*, Paris : Plon, 1974 (1^e éd. 1958), 480p, p. 378.

négligé lorsque, comme c'est notre cas, on se donne comme objectif l'étude des notions et des manifestations de la culture juridique et des représentations du droit.

Les définitions radicales du pluralisme juridique soulignent le décalage qui peut exister entre sa théorie et sa pratique. Le courant radical propose un modèle absolu du pluralisme juridique qui n'existe pas. Cette définition n'empêche pas de constater dans la pratique d'autres processus de régulation. La question serait alors : comment faut-il considérer et traiter ces mécanismes ? Gordon Woodman distingue un pluralisme juridique étatique et un pluralisme juridique profond¹³⁴. Les auteurs, selon leur sensibilité, ne sont pas neutres dans leur façon d'appréhender le pluralisme juridique. La question n'est pas de juger cette attitude mais bien d'avoir conscience des théories implicites qui portent les auteurs, quand ils s'interrogent sur la notion, dans un sens ou dans un autre : pourquoi renoncer à exprimer que certains auteurs se positionnent en fervents défenseurs du pluralisme juridique ? Pourquoi le font-ils et quelles sont leurs motivations ?

Fréquemment, le discours est en deux temps : un premier qui exprime ce que le pluralisme juridique devrait être idéalement, et un second temps, se penchant sur les réalités juridiques, constate qu'aucune situation n'offre de réelle configuration de pluralisme juridique telle qu'elle est décrite théoriquement. Cette dualité aboutit à une opposition entre vrai et faux pluralisme juridique ; la terminologie varie d'un auteur à l'autre, mais l'idée reste la même : le pluralisme juridique n'est pas développé, selon eux, autant qu'il pourrait l'être. La version faible concerne *"l'existence de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques"* mais Norbert Rouland ajoute aussitôt qu'il s'agit plutôt de pluralité de mécanismes juridiques, en d'autres termes de pluralité judiciaire et non pas de pluralisme juridique¹³⁵. Dans ce cas, *"autonomie n'est pas indépendance"* car dans cette version le pluralisme juridique n'entame pas le monopole étatique du droit. En revanche dans la version forte du pluralisme juridique, que Norbert Rouland privilégie, *"les différents groupes sociaux voient se croiser en leur sein de multiples ordres juridiques"* qui ne relèvent pas de *"phénomènes infra-juridiques."* Ces systèmes sont ceux des groupes sociaux qui, en se formant à l'extérieur de l'État, constituent *"la catégorie maximale du pluralisme juridique."*¹³⁶ Jean-Guy Belley présente le pluralisme juridique actuel comme un *"élargissement"* de la *"conception dogmatique du droit"* et non plus comme une

¹³⁴ WOODMAN Gordon, "Droit comparé général", CAPELLER Wanda, KITANAMURA Takanori, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales autour de Masaji Chiba*, Bruxelles : Bruylant, 1998, 288p, p. 117-150, p. 130.

¹³⁵ ROULAND Norbert, *Aux confins du droit*, Paris : Odile Jacob, coll. sciences humaines, 1991, 318p, p. 131.

¹³⁶ ROULAND Norbert, *ibidem*, p. 125, 138 et 144.

alternative face à la conception libérale du droit du début du 20^e siècle¹³⁷. Cette vision est également partagée par ceux qui militent en faveur d'une vision plurale du pluralisme juridique ; considérant de la même façon que le droit est défini dans sa seule version occidentale, ils préconisent une vision Autre pour définir le pluralisme juridique. Et de là, tenter de prendre ses distances avec la logique étatique.

2) Les visions pluralistes du pluralisme juridique

La première caractéristique de ces approches est de prendre de la distance avec le référent étatique et de considérer le phénomène d'une manière plus générale, à l'échelle mondiale dirions-nous, dans une vision moins réductrice. L'étape de départ consiste à reconnaître la pluralité des cultures juridiques sur la planète : c'est un fait, les sociétés ne se représentent pas le droit de la même façon. "[Nous] devons (...) rester conscient que fondamentalement notre condition humaine est pluraliste. Elle ne saura jamais être soumise à une synthèse d'aucune sorte."¹³⁸ Ce constat établi de la pluralité des cultures, la question du pluralisme juridique peut apparaître lorsqu'il y a rencontre, pour des raisons historiques, de ces cultures différentes. Nous pensons aux politiques de colonisation, mais aussi aux mouvements de migration. Dans ces deux cas, les représentations, les pratiques et les discours sur les différentes relations juridiques possibles de la vie quotidienne, circulent et entrent en contact. On pourrait parler de pluralisme juridique mais la difficulté est d'utiliser un terme qui, après ce que nous venons de dire dans nos développements précédents, a perdu de sa précision. En effet, parler de l'existence d'une pluralité de cultures juridiques puis, des situations et processus nés de leurs rencontres ne relève pas exactement de la même question. La thématique est la même, mais il nous semble que le niveau d'approche n'est pas identique. L'un prend de l'altitude tandis que l'autre réfléchit aux modalités d'interaction et de coexistence. Cette dissociation des phénomènes permet de préciser les enjeux. D'ailleurs, ce besoin de précision et de distinction des phénomènes est perceptible chez les auteurs qui proposent différents termes pour parler de la thématique. Selon les affinités conceptuelles et les démarches adoptées, il est ainsi question de "*dialogalité*", de "*multijuridisme*" ou "*d'interlégalité*". Pour nous, ces nuances traduisent ce besoin d'éclaircir la terminologie relative au pluralisme juridique devenue vague.

¹³⁷ BELLEY Jean-Guy, "L'État et la régulation juridique des sociétés globales...", art. cit. note 102, p. 12.

¹³⁸ EBERHARD Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel. Vers un désarmement culturel pour un Droit de Paix*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000, 464p, p. 209.

Le premier pas est de reconnaître l'Autre et sa culture juridique dans sa spécificité. Ce sont les propositions de Robert Vachon. Il ne se contente pas d'une simple reconnaissance des autres cultures juridiques, mais pousse les modalités d'interprétation dans ses derniers retranchements. Partant du constat de la présence d'ethnocentrisme, y compris lorsque la démarche du chercheur se veut "*objectivo-scientifique, comparative et pluraliste*"¹³⁹, il propose de pousser la réflexion plus loin. Pour que le dialogue soit réellement un dialogue, ("*le dialogue dialogal*"), qu'il ne soit pas irrémédiablement teinté d'occidentalisme, l'interprétation de l'autre culture juridique doit partir de l'intérieur de celle-ci et devenir "*une approche personnelle vécue (...) qui engage tout l'être et pas seulement la raison ou l'intelligence de celui qui fait la recherche.*"¹⁴⁰ Cette façon de voir les choses et de procéder nous paraît élégamment exigeante. Si nous cernons l'ambition de l'attitude et du projet à adopter, une question se pose quant à la réalisation de sa mise en œuvre. Nous savons comme il est difficile d'oublier ses propres mythes dont on n'a le plus souvent pas conscience, ainsi il nous semble que le projet permet surtout de mettre en place un état d'esprit d'ouverture particulier qui ne pourra que dans de rares cas atteindre son amplitude maximale. Le deuxième temps concerne la rencontre de ces cultures que nous ne devons pas idéaliser – cette rencontre n'a pas toujours lieu et si elle a lieu, elle peut être brutale. Cependant, notons que même s'il n'y a pas de contact entre différentes cultures juridiques, il existe toujours un entrecroisement de relations juridiques. En effet, s'il ne se concrétise pas dans le même espace, il peut l'être chez une même personne confrontée à la multitude de ses appartenances sociales. On reconnaît ici les approches du pluralisme partant de l'individu telles que défendues par Étienne Le Roy¹⁴¹, Jacques Vanderlinden ou Roderick Macdonald¹⁴². Elles prennent en compte l'individu pour tenter de réfléchir en termes de pratiques juridiques réellement vécues et ressenties, et non pas en référence à des entités qui, d'une manière ou d'une autre, sont totalitaires en imposant leur ordonnancement, qu'il soit sociétal ou étatique. A cette vision qui recentre les droits vers l'individu s'ajoutent les caractères dynamiques et poreux du processus du pluralisme juridique.

Présenter le pluralisme juridique comme une situation ou un état le fige. Il est le résultat, en permanente mobilité, d'un processus d'échange de pratiques et de représentations juridiques.

¹³⁹ VACHON Robert, "L'étude du pluralisme juridique. Une approche diatopique et dialogale", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 29, 1990, p. 163-173, p. 163.

¹⁴⁰ VACHON Robert, *ibidem*, p. 170-171.

¹⁴¹ LE ROY Étienne, "L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité", LAJOIE A., McDONALD R.A., JANDA R., ROCHER G. (éd), *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles/Montréal : Bruylant/Thémis, 1998, 266p, p. 29-43.

¹⁴² McDONALD Roderick. A., "Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées. L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit", YOUNES Carole, LE ROY Étienne (dir.), *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ?*, Paris : Karthala, 2002, 307p, p. 21-38.

Même si le chercheur est parfois amené à le photographier pour le comprendre, cette attitude doit être provisoire et brève. On observe un double processus de mobilité : celle de la réalité du pluralisme juridique mais également celle de la notion, qui pour s'adapter à ces mutations, doit également se montrer dynamique. Le concept de pluralisme juridique ne doit pas devenir un concept statique. Il ne suffit plus de décrire les différents systèmes et sous-systèmes qui coexistent sur un même espace social, parce que le pluralisme juridique est *"un processus qui se développe dans le temps, un réseau complexe d'interactions permanentes. Il peut même apparaître que le pluralisme n'est qu'un terme qui désigne de nombreux processus différents."*¹⁴³ Ce qui importe, c'est de déterminer les relations que ces systèmes entretiennent les uns avec les autres. Pour Sousa Santos, *"[la] vie socio-juridique est formée de plusieurs espaces juridiques qui agissent simultanément sur des échelles différentes à partir de perspectives interprétatives différentes, à tel point qu'en termes phénoménologiques et en ce qui concerne le résultat de l'interaction et de l'intersection des espaces juridiques nous ne pouvons pas, à vrai dire, parler de droit et de légalité mais plutôt d'interdroit et d'interlégalité. Plutôt que d'identifier les différents ordres juridiques il est plus important de découvrir quelles relations complexes et changeantes ils ont entre eux."*¹⁴⁴ Il est question de l'individu et de sa pratique du droit.

Sousa Santos définit l'interlégalité comme : *"[la] pluralité juridique est le concept d'une vision post-moderne du droit. Il ne s'agit pas de la pluralité juridique de l'anthropologie juridique traditionnelle qui conçoit comme des entités autonomes les différents ordres juridiques qui coexistent dans un même espace politique mais plutôt d'une conception de différents espaces juridiques superposés, combinés et mélangés dans nos esprits et nos actions, soit dans des moments de bonds qualitatifs ou de crises profondes dans les trajectoires de nos vies, soit dans la grisaille de la routine ou la monotonie de la vie quotidienne. Nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiétements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement de différents ordres juridiques, c'est-à-dire, l'interlégalité. L'interlégalité est la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique."*¹⁴⁵ Ce caractère permet de rééquilibrer le rôle respectif des différents acteurs en présence dans le jeu juridique y compris celui de l'État dont on reconnaît qu'il peut être un acteur parmi les autres – mais seulement cela –, selon "des

¹⁴³ VAN DEN BERGH G.C.J.J., "Le pluralisme juridique en droit romain", John GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, op. cit. note 107, p. 89-95, p. 93.

¹⁴⁴ De SOUSA SANTOS Boaventura, "Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit", *Droit et Société*, n° 10, 1988, p. 363-389, p. 373.

¹⁴⁵ De SOUSA SANTOS Boaventura, *ibidem*, p. 382

analyses insistant sur la "porosité" de l'État et la difficulté de distinguer entre l'État et son environnement."¹⁴⁶ Dans cette perspective, État, société et individu aux multi-appartenances sont en relations constantes et mobiles. L'aspect dynamique que revêt la réalité du droit et du pluralisme juridique a une influence sur le système de représentation afférent.

Conclusion du titre 1

Considérer le droit comme un système de représentations nous conduit à l'atténuation de la distinction "représentations du droit et culture juridique". Ces deux sphères interagissent et ne sont pas hermétiquement séparées. Ce qui fait qu'il y a un lien, tient au rôle et à l'image que peuvent avoir les juristes dans la société, faite d'ombres et de lumières. Le prestige et le lien étroit au pouvoir contribuent à accentuer l'impact de la culture juridique sur les représentations du droit. Cette situation nous fait dire que d'une manière plus globale, le Droit doit être envisagé dans son ensemble, en englobant les pratiques et les différents regards des juristes comme ceux des non-juristes, associant représentations individuelles et collectives. C'est la notion de culture juridique qui nous permet d'élargir les perspectives, en présentant non pas seulement les représentations du droit, mais également le droit comme un système de représentation.

*"La dimension symbolique des pratiques et des discours par lesquels le consensus est obtenu dépasse de beaucoup la portée rationnelle de ces derniers qui, dans bien des cas, ne sont pas nécessaires. L'activité symbolique suffit souvent à la vie juridique comme elle suffit souvent à la vie psychique."*¹⁴⁷ Cette hypothèse proposée par Michel Alliot est largement développée par Christopher Pollmann et Hugues Rabault dans un article où ils montrent l'influence de l'imaginaire et du psychique dans le droit et le lien étroit entre individu et collectif. *"L'idée de représentation permet de poser que le discours ne vise pas seulement à décrire, ou à formuler des injonctions, mais aussi bien à constituer un système d'images, une imagerie. L'activité juridique fait partie dès lors du système de l'imagerie sociale."*¹⁴⁸ Considérant cette imagerie à propos du droit, force est de constater que le discours juridique nie l'individualité. *"Le langage du juriste, qui est un langage d'emprunt dont le "je" est autant que possible banni, exprime, au plan symbolique, cette mise entre parenthèses de l'individu concret et sa réinscription dans*

¹⁴⁶ TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 205p, p. 99.

¹⁴⁷ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique...", art. cit. note 17, p. 87.

¹⁴⁸ POLLMANN Christopher, RABAULT Hugues, "La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif", *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 121-151, p. 130.

l'ordre et la loi."¹⁴⁹ Cela s'explique parce que le système de représentations associé au droit est "en premier lieu la manifestation de la psyché collective"¹⁵⁰ ; ainsi, toute expression personnelle est mise en retrait au profit du discours collectif. Cependant, ces perceptions individuelles n'en existent pas moins : d'une part "les auteurs ont mis en évidence que l'ordre des représentations collectives est un vecteur de la fantasmagorie individuelle"¹⁵¹ mais également, inversement, les représentations individuelles sont le support nécessaire des représentations collectives, proche de la composante "culture juridique".

Il nous paraît utile de définir ce que nous entendons par mythes et mythologies juridiques. En effet, cette terminologie ne fait pas partie du vocabulaire habituel des juristes et peut donc surprendre. Pour autant, il nous semble que pour tenter de comprendre le droit, dans sa production et son application, les mythes juridiques peuvent être précieux pour sonder ce que renferme ce que nous avons désigné comme culture juridique. Ainsi, parce que le lecteur a pu se poser la question et parce que nous-même, nous nous sommes interrogée sur l'intérêt et la pertinence d'utiliser la notion de mythe à propos du droit, en préambule du titre 2, précisons notre manière d'envisager et d'associer mythologie et Droit, en particulier en se demandant si, réellement, le Droit peut être l'objet de mythe.

Précisons que le terme de mythe ne doit pas être associé à une quelconque connotation péjorative. La question n'est pas de prouver le caractère mensonger ou les déformations de certains principes juridiques. Le mythe, d'une manière générale, et en droit en particulier, n'est pas mensonge. Il est une réalité de la vie juridique, et c'est pour son influence, pas nécessairement consciente, qu'il nous intéresse. "Il s'agit de notions, de principes, d'idées dont les origines et les fondements sont problématiques, sérieusement contestés et dont les justifications explicites et rationnelles ne peuvent expliquer l'influence, la portée, l'action."¹⁵² Parler de mythes juridiques revient à "distinguer, dans le discours de la science, entre ce qui relève du mythe, c'est-à-dire ne procède que de la représentation fantasmagorie, idéalisée, de la science, et ce qui prétend être une description authentique des pratiques effectives correspondant aux disciplines réelles que l'on dit scientifiques."¹⁵³ Unité, rationalité, caractère écrit du droit peuvent-ils être caractérisés comme des mythes ? Le mythe présuppose qu'il ne

¹⁴⁹ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*. op. cit. note 6, p. 248.

¹⁵⁰ POLLMANN Christopher, RABAULT Hugues, "La fonction psychique du droit...", art. cit. note 148, p. 132.

¹⁵¹ POLLMANN Christopher, RABAULT Hugues, *ibidem*, p. 138.

¹⁵² ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 70, p. 253.

¹⁵³ SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 34.

reflète pas la réalité. Or, unité, rationalité et écriture sont des caractères significatifs du droit en Occident (en particulier en France). Ce qui relève du mythe concerne le degré de croyance en de tels principes, et non le principe en lui-même. Ce ne sont pas l'unité, la rationalité ou le caractère écrit du droit qui posent, en tant que tels, question, c'est davantage la confiance et le caractère absolu qui questionnent celui et celle qui souhaitent s'intéresser aux phénomènes juridiques. Dans cet état d'esprit, il s'agit de décortiquer ou déconstruire un mythe juridique pour appréhender comment il émerge ; mais cela ne doit pas conduire à nier des réalités qui structurent en grande partie notre droit aujourd'hui. Ainsi, d'une part, ces mythes ne sont pas si "mensongers" et constituent des principes à prendre en compte, d'autre part, ces croyances exagérées en certains principes juridiques sont en elles-mêmes dignes d'intérêt en ce qu'elles sont une part de la culture juridique. Avant de faire état de quelques mythes juridiques significatifs, il est nécessaire d'expliquer pourquoi nous les désignons comme tels, dans la mesure où ces mythes peuvent être considérés comme des fondements de la culture juridique. Outre la question de déterminer quels sont les éléments contribuant à l'émergence d'un mythe, il sera également nécessaire de préciser pourquoi et en quoi ils constituent, selon nous, un mythe ; c'est-à-dire montrer en quoi ils ne correspondent pas tout à fait à la réalité, même si parfois, ils peuvent devenir éléments de cette réalité, tant leur prégnance est forte dans les représentations collectives. Il nous faut lier le rapport au faux ou au déformé qu'entretient le mythe, présenté comme toute la réalité et ensuite se demander pourquoi et par quels processus cette déformation de la réalité qu'est le mythe peut finalement devenir élément véritable de la réalité. Enfin, un des contresens qui doit être évité consiste à penser que le mythe doit être découvert dans l'objectif d'être éliminé. Là n'est pas le sens de notre propos, puisqu'il s'agit plutôt de comprendre le mécanisme de son émergence et son utilité. Dans ce cas, le mythe est pour nous un outil méthodologique, pour sonder le Droit, et *"comme un moyen de parler de l'impensé ou d'approcher l'impensable."*¹⁵⁴

¹⁵⁴ LE ROY Étienne, "L'introduction du modèle européen de l'État en Afrique francophone. Logiques et mythologiques du discours juridique", COQUERY-VIDROVITCH (dir.), *Décolonisation et nouvelles dépendances*, Lille : PUL, 1984, p. 81-122, p. 4-5

Titre 2 : Éléments de construction du modèle juridique occidental

Dans ce titre, il s'agit de montrer ce que l'on pourrait désigner par "les dessous du droit". Cela consiste à cerner la formation de mythologies juridiques, de rumeurs charriées de génération en génération de juristes, pour tenter de démythifier certaines croyances juridiques devenues légitimes par le poids de la tradition et du temps. Envisager les "dessous du droit" revient à s'intéresser aux représentations que l'on a du droit, en précisant le groupe dont on considère les représentations, celles-ci variant selon les groupes comme nous l'avons déjà précisé. Dans un premier temps, l'approche concerne plus particulièrement les juristes et leur façon d'appliquer le droit mais nous avons vu que cette approche du droit est indissociable de celle des non professionnels qui l'utilisent également. La relation entre les deux approches s'explique parce que les mythes intégrés par les juristes agissent sur les représentations des non-juristes. C'est pourquoi se distinguent différents niveaux d'argumentation : une micro-analyse quand il s'agit de techniques juridiques et une macro-analyse pour les observations de plus grande envergure tels que modèle, pensée ou raisonnement juridiques. Ces mythes ne constituent pas la totalité de la culture juridique mais ont un rôle important. C'est la raison pour laquelle les considérations sur le mythe "enserrent" les développements relatifs à l'État. Le lien essentiel qui lie État et Droit ne peut être passé sous silence. Leur relation semble si imbriquée qu'elle semble parfois ne plus poser question. Cependant, elle n'est pas une évidence.

Une des questions légitimes consiste à se demander si l'on peut raisonnablement parler de mythologies à propos du Droit. D'un point de vue théorique, aucune limitation n'interdit l'existence de mythe relatif au phénomène juridique. Roland Barthes note "[le] mythe ne se définit pas par l'objet de son message, mais par la façon dont il le profère : il y a des limites formelles au mythe, il n'y en a pas de substantielles. Tout peut donc être mythe ? Oui, je le crois car l'univers est infiniment suggestif. Chaque objet du monde peut passer d'une existence fermée, muette, à un état oral, ouvert à l'appropriation de la société, car aucune loi, naturelle ou non, n'interdit de parler des choses. (...) Le mythe peut tout atteindre, tout corrompre, et jusqu'au mouvement même qui se refuse à lui, en sorte que plus le langage-objet résiste au début, plus sa prostitution finale est grande : qui résiste totalement, cède ici totalement."¹ Certains juristes reconnaissent explicitement cette possibilité, "les discours légitimant sont porteurs de messages dont la formulation varie assez facilement et de représentations de caractères idéologiques ou

¹ BARTHES Roland, *Mythologies*, Paris : Seuil, 1957, 247p, p. 194 et 219.

mythologiques généralement plus constantes (il ne suffit pas, par exemple, que les prescriptions du droit, ses messages, reconnaissent la division de la société ; il faut qu'il lui donne un sens en la rattachant là à un mythe de fondation, ici à la rationalité qui est le mythe fondamental des juristes français)."² Michel Alliot poursuit et précise que le mythe n'est pas l'apanage des cultures lointaines et que "[ces] représentations, liées à l'idéologie dominante, sont de caractère mythique, même en France." Un lien très étroit existe entre représentations et mythes, comme une relation où les premières seraient les vecteurs des seconds, mais d'où vient le mythe ?

L'un des traits caractéristique du mythe est que, le plus souvent, il est très malaisé de saisir quand il a émergé, d'autant que pour qu'un mythe naisse, il doit s'inscrire dans la durée et être transmis de génération en génération, en ce qui nous concerne, générations de juristes. C'est justement le flou des origines qui renforce le mythe : elles sont invérifiables : "[Elles] sont rebelles à toute investigation historique qui se termine toujours sur une impasse complète ou sur une réponse insuffisante. (...) C'est a posteriori, une fois déterminé le bout du chemin, qu'il devient possible d'imaginer un tracé linéaire ; une histoire complaisante prête ainsi son appui à une solution consacrée par ailleurs et qui s'offre cette caution comme un luxe."³ La question de la réécriture de l'histoire est essentielle pour comprendre comment émergent et fonctionnent les mythes⁴.

Pour illustrer notre propos théorique sur la question de l'origine du mythe juridique, nous tenterons d'exposer quelques éléments qui permettront d'élucider pourquoi les juristes pensent comme ils le font ; en sondant, dans ce premier chapitre, l'origine des représentations relatives à l'État, au Droit, mais également au couple formé par ces deux institutions, qui révèle pourquoi il est si difficile de sortir du raisonnement juridique qui associe droit et État. D'ailleurs, le processus d'unification du Droit, par sa lenteur, souligne comment la réalité des pratiques juridiques est, essentiellement, faite de diversité. Après cela, il sera possible d'envisager, dans le

² ALLIOT Michel, "Les transferts de droit ou la double illusion", *Bulletin de liaison du LAJP*, mars 1983, p. 121-131, p. 123.

³ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, Thémis, 1999, 349p, p. 272.

⁴ Nous pouvons faire état d'un mythe, historique celui-là, mais néanmoins proche de nos préoccupations de juristes et très significatif de l'ampleur de ce que peut être un mythe. Il s'agit de la mythologie relative à la période médiévale, et du système féodal en particulier. Cette période et ce système font l'objet de toutes les réprobations. Sans rentrer dans l'exactitude des reproches qui leur sont faits, la construction de ces représentations est symptomatique de ce que nous désirons montrer dans cette étude. La période qui court du VIII^e au XIV^e siècle est représentée, pas toujours à juste titre, comme obscure et anarchique. Ce régime politique est l'objet de toutes les critiques des générations qui l'ont suivi. La période suivante, au nom explicite de Renaissance, souligne cette attitude. Et pourtant, "rien de moins anarchique que la société féodale qui fut, au contraire, fortement hiérarchisée. (...) Les termes "féodal, féodalité" sont alors, en effet, fâcheusement galvaudés. De même qu'on appelle "gothique", avec une nuance fortement péjorative, tout ce qui n'est pas "classique", de même appelle-t-on "féodal" tout ce dont on ne veut plus de l'Ancien Régime." PERNOUD Régine, *Pour en finir avec le moyen âge*, Paris : Seuil, 1977, 151p, p. 55 et 67.

deuxième chapitre, un autre élément indissociable de cette culture juridique : le rôle attribué à la propriété au tournant du 18^e siècle permet d'établir le lien instauré entre Droit et État. Ce lien est révélateur de la façon d'envisager la société par ceux qui la gouvernent.

Chapitre 1 : Institutions et mythes de la rationalité juridique

Nous avons tenté dans le premier titre de définir ce qu'était la notion de culture juridique. Intéressons-nous à certaines de ces manifestations et aux facteurs, logiques et moteurs. Dans la continuité de notre réflexion, l'étude de l'émergence d'une culture juridique est l'application à un thème donné de l'étude des représentations, même si "*la réponse à la question de savoir ce qui constitue la tradition juridique n'est pas manifeste.*"⁵ Certains concepts, comme ceux de l'État et de la religion, et quelques principes juridiques, comme celui de l'unité du Droit, de sa rationalité et de son caractère écrit, sont étroitement liés. Tellement liés qu'il est difficile, voire impossible pour certains, de concevoir le droit autrement et de sortir d'une image préétablie et imposée du droit. Ces fondements juridiques méritent d'être scrutés parce qu'ils sont le fruit d'un processus historique de grande envergure : ils sont une construction humaine de longue haleine et non pas une réalité évidente. La différence de la construction étatique en France et en Angleterre d'une part, et le rapport tout à fait différent entre religion et État dans le monde musulman d'autre part, illustrent respectivement le rapport entre la diversité des cultures juridiques sur le continent européen et l'existence d'autres combinaisons pour organiser la vie politique et juridique d'une société. Le lent cheminement de la pensée qui a conduit à la construction étatique en Europe occidentale (section 1) et le processus d'unification du droit (section 2) sont deux processus juridiques qui permettent d'aborder les différentes façons de concevoir le droit et de constater que la diversité juridique est pensable, y compris sur le continent européen, car elle est déjà inscrite dans les pratiques.

⁵ THALER Michael, "L'ordre juridique entre unité et pluralité", TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, Paris : Publication de la Sorbonne, 2001, 189p, p. 167-179, p. 174.

Section 1 : Sens et représentations de la construction étatique

Le rôle attribué à l'État et l'histoire de sa construction, ont eu une influence sur les représentations et les rapports au droit, où la relation État/Droit est très forte. La construction étatique est intimement liée au phénomène juridique dans le monde occidental, en particulier en France⁶. L'étroite relation entre droit et État et leur association simultanée dans les représentations ne doivent pas éluder le fait que le Droit, au sens phénomène juridique, n'émane pas nécessairement de l'État. Nous avons vu que l'assertion, "le droit, c'est celui de l'État et seulement celui-ci", partagée par nombre de juristes aujourd'hui, pose les questions du pluralisme juridique où l'hégémonie de l'État et celle de l'universalité de l'État comme organisation politique sont mises en jeu. Dans les développements que nous proposons maintenant, notre objectif est de remettre en lumière comment la rationalisation, et du droit et de l'État, s'est instaurée lentement, mais très sûrement. C'est justement la lenteur et la plénitude de ce processus qui expliquent en partie pourquoi nous en sommes arrivés à de telles croyances à l'égard de ce que Pierre Legendre appelle, pour bien montrer leur indissociabilité dans nos esprits, le binôme "*l'État et le Droit*"⁷.

De la même façon qu'il a fallu aborder le contenu de la pensée positiviste pour parler du droit, pour critiquer les conceptions monopolistiques de l'État comme producteur de normes, nous ne pouvons pas envisager de ne pas parler de l'État et du contexte de sa construction pour parler de l'émergence du droit et d'une culture juridique. La mise en parallèle, y compris pour les discuter, des phénomènes juridique et étatique s'impose. Le lien entre droit et État participe de la représentation pyramidale qui parfois est attribuée à l'État. Cette représentation spécifique peut trouver son origine dans différents aspects juridiques qui relèvent de différentes branches du droit. Nous pensons spécialement à la question des hiérarchies des normes, et à l'organisation administrative de l'État. Les facteurs relatifs à l'histoire des idées de la construction étatique, concourent à l'explication de cette imagerie, aux côtés d'éléments d'ordre religieux, très puissants dans le contexte de l'émergence étatique. La rationalité se situe à trois niveaux : dans le

⁶ Notons les différences d'émergence et de développement des États britannique et français, processus influencés par les personnalités royales et le rôle de la religion. Sur cette question se référer à BADIE Bertrand et Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, Paris : Grasset, coll. Pluriel, 1982, 238p, en particulier la troisième partie où il est question de la comparaison des modes de gouvernement par l'État ou par la société civile, respectivement en France et en Grande-Bretagne.

⁷ LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris : Fayard, 1988, 436p, p. 63.

processus de construction étatique (§ 1), dans la représentation du droit et de l'État, lié à la religion (§ 2), puis dans la relation du binôme "*l'État et le Droit*" (§ 3).

§ 1 : Représentations de l'État : les prémices

La construction de l'État fait l'objet de représentations au contenu variable. Celles-ci ne se remplacent pas successivement, mais s'accumulent dans les mémoires, et donc dans les représentations collectives et individuelles. "*L'État est devenu, si j'ose dire, une entité froide et autosuffisante, renvoyant à elle-même. A quoi il convient d'ajouter la participation des juristes au bouclage de la notion, l'État prenant statut de personne juridique. (...) Si nous prenons le montage étatique pour ce qu'il est, à savoir comme production structurale d'une civilisation (en l'occurrence la civilisation du droit civil), il n'est plus possible de s'en remettre au discours unificateur de la planète ceinturée d'États, lesquels sont censés n'être que d'efficaces instruments au service du développement économique de la démocratie individualiste généralisée. (...) En vérité, nous avons affaire à ce que n'aperçoivent pas nos doctrines au jour le jour, triomphalistes ou catastrophistes : au jeu logique de la structure, c'est-à-dire au fonctionnement vivant de la problématique du fondement – problématique dont dépend une réanimation significative de l'interrogation sur ce que nous nommons État. Pour aborder ces questions, il faut prendre acte de ce que signifie le refoulement (concept freudien) au plan de la construction du sujet humain et, partant de là, consentir à étudier la problématique institutionnelle dans la perspective des montages de représentation (le jeu institué des images et de la parole dans la constitution sociale)."*"⁸ Les montages juridiques ont cherché à localiser l'État dans l'espace (A) puis à personnifier ce que sera l'entité "État", sans oublier l'influence complexe du fait religieux dans les représentations du droit (B). Le lien étroit entre religion et droit explique, paradoxalement, les fondements du processus de sécularisation de la construction étatique qui suivra.

A : État et territoire

La fameuse caractéristique de l'État énoncée par Max Weber du "*monopole de la violence légitime*" ne doit pas faire oublier celle du "*territoire déterminé*". Elle est assurément moins

⁸ LEGENDRE Pierre, "Les dessous du raisonnement juridique", TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, op. cit. note 5, p. 181-189, p. 182-183. Quand Pierre Legendre parle de structure qu'il oppose au sens historique et généalogique, il emprunte au lexique de l'architecture qui désigne la "structure" comme étant autant les lois de la construction que la construction elle-même.

spectaculaire, plus prosaïque mais tout aussi essentielle à l'existence d'un État⁹. L'importance du territoire, et par voie de conséquence, des règles qui régissent cet espace, tient à des considérations relativement simples qui renvoient à la nature animale de l'espèce humaine : poser son pied, installer sa famille, son groupe, le protéger... Le lien entre les questions de droits fonciers (et domaniaux pour être juridiquement précis) et celles relatives à l'État comme organisation politique se fait par la médiation logique et évidente des représentations de l'espace, concrètement du sol, sans lequel il n'est pas d'organisation sociale possible. Ainsi, avant de se présenter comme un ordre politique, l'État est de façon nécessaire et essentielle, un organisation territorial sur un espace clos. La construction étatique participe de la rationalité juridique spatiale. *"Il n'est pas si facile, tout compte fait, de revenir à une doctrine préétatique après le processus de rationalisation plusieurs fois séculaire de la pensée interétatique."*¹⁰ La construction d'un État territorial, et donc la construction particulière d'une représentation spatiale, est simultanée à une autre rupture dans les représentations que les hommes du Moyen Âge puis de la Renaissance avaient de l'espace (1), puis, la prise de conscience progressive de la finitude de la terre a complété cette double révolution spatiale en liant territoire et Droit (2).

1) Lien entre État et représentations de l'espace

*"Le principe de territorialité échappe souvent à la critique tant il semble évidemment universel."*¹¹ Cependant, la territorialisation est une construction liée à l'histoire, à l'histoire de l'État en particulier. Même si elle a particulièrement "bien réussi", au point de faire oublier que d'autres perceptions de l'espace et du territoire existent – représentation de l'espace musulman – ou tentent de survivre – les territoires de parcours nomades – elle est seulement une convention parmi d'autres¹². *"Le parachèvement de la construction étatique tend à institutionnaliser, voire à*

⁹ WEBER Max, *Le savant et le politique*, Paris : 1963 (1^{er} éd. 1959), Plon, 221p, p. 125.

¹⁰ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris : PUF, Léviathan, 2001 (1^{er} éd. 1950), 363p, p. 123. Nous avons conscience des débats et polémiques que suscite cet auteur : la rigueur de l'analyse de Carl Schmitt sur de nombreuses questions touchant au fondement du droit ne peut faire oublier certaines de ses positions beaucoup plus ambiguës et problématiques pendant le régime nazi. La présentation que cet auteur fait du droit et des rapports de force qui le sous-tendent porte en elle les dangers de l'antiparlementarisme et même de l'antidémocratie. A cet égard, poussant le légalisme et le positivisme à son extrême limite, sa vision du droit et de l'État n'est pas exempte de dangers potentiels quant au pluralisme politique : il admet facilement que le Pouvoir puisse s'arroger tous les pouvoirs.

¹¹ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris : Fayard, L'espace du politique, 1992, 334p, p. 82.

¹² "L'espace musulman" n'est pas dépendant de l'organisation étatique. Bien que l'organisation des relations internationales ait conduit à désigner par "État" les organisations musulmanes, la communauté musulmane, "oumma", transcende les frontières étatiques, résultat d'une théorisation occidentale. Sur les relations entre "État et islam", se référer à la passionnante contribution de BADIE Bertrand, *Les deux États. Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*, Paris : Fayard, 1997, 331p, notamment le développement "aux sources médiévales de la cité musulmane", p. 41-55. Concernant les perceptions de l'espace, nomades ou sédentaires,

sacraliser, l'idée de territoire fini : l'État ne s'accomplit qu'en venant à bout de toute allégeance intermédiaire, en fixant dans la relation de citoyenneté la sujétion directe de l'individu au centre politique. Seul, dans ce contexte peut demeurer un repère légitime de cette relation : il se doit d'être sans ambiguïté, de susciter sur le plan du droit un jus loci qui, peu à peu se substitue au jus sanguinis et d'être doté de frontières qui deviennent juridiquement intangibles." ¹³ Cette représentation du territoire est une fiction qui s'est finalement universalisée à l'ensemble du système international. Cette construction étatique s'inscrit contre la communauté et tous les groupes intermédiaires qui peuvent rendre moins directe la relation individu/État ; pensons à la suppression des corporations de travail après la Révolution. La suppression d'un échelon intermédiaire entre État et individu a une incidence dans le rapport à l'identification territoriale étatique : sans médiation d'un village, d'une famille ou d'un clan, le territoire de l'État "*devient ainsi la concrétisation géographique de la notion d'espace public. L'anthropologie et la sociologie historique ont pu saisir ce processus d'individualisation lorsqu'il a commencé à affecter l'Europe dès les XI^e et XII^e siècles, précisément au moment où s'essoufflait la logique féodale et où prenait corps en Occident l'idée d'un territoire fini.*"¹⁴ Le caractère essentiel du territoire l'est d'autant plus qu'il se joue sur deux registres : l'espace étant considéré, dans la construction étatique, comme une condition *sine qua non* de la réalisation de l'ordre de l'État, est mis en œuvre par la fusion entre les notions d'espace et de droit dont le terme "nomos" rend bien compte.

2) Sur le sens du mot nomos : espace et positivité

Le terme *nomos* renvoie à deux registres, celui de l'espace mais également celui du droit – la racine grecque *nomos* signifie loi –, pour attester que les deux sont étroitement dépendants l'un de l'autre. "*Le mot grec pour la première mensuration qui fonde toutes les mesures ultérieures, pour la première prise de terres en tant que première partition et division de l'espace, pour la partition et la répartition originelles, c'est : nomos. Ce mot, pris dans son sens premier, spatial, se prête le mieux à faire sentir le processus fondateur qui réunit en lui localisation et ordre.*"¹⁵ La racine du terme *nomos*, *nem-*, désigne "l'action de partage" et de "répartition selon les usages". Dans ses premiers emplois, le terme accentué sur la première syllabe a valeur de partage avec l'idée de contrainte : les modalités du partage sont imposées. Progressivement, un

attribuant une charge sacrée à la terre, elles seront illustrées dans nos développements sur les représentations de l'espace au Sénégal et au Canada.

¹³ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, op. cit. note 11, p. 85.

¹⁴ BADIE Bertrand, *ibidem*, p. 83.

¹⁵ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 70.

glissement s'opère et nomos désigne "la règle admise" sans distinction de l'usage, de la coutume ou de la loi¹⁶. Un homonyme du terme d'origine plus ancienne qui se distingue par l'accentuation finale, signifie le "pâturage". *"Le nomos est donc la configuration immédiate sous laquelle l'ordre social et politique d'un peuple devient spatialement perceptible, la première mensuration et division des pâturages, c'est-à-dire la prise de terres et l'ordre concret qu'elle comporte et qu'elle engendre tout à la fois ; selon les termes de Kant, "la loi distributive du Tien et du Mien sur le sol"'"*¹⁷. La relation du Droit associé à un espace politique trouve son origine dans les "lois de la maison", c'est-à-dire les lois de la cité, opposées aux lois divines. La relation Droit/espace comprise dans le nomos est complétée par la notion de mesure contenue dans l'acte de partage. *"Le nomos est la mesure qui divise et fixe les terrains et les fonds de terre selon un ordre précis, ainsi qu'une configuration qui en résulte pour l'ordre politique, social et religieux. Mesure, ordre et configuration forment ici une unité spatiale concrète. La prise de terres, la fondation d'une cité ou d'une colonie rendent visible le nomos avec lequel un clan ou la suite d'un chef ou un peuple deviennent sédentaires, c'est-à-dire se fixent historiquement en un lieu et font d'un bout de terre le champ de force d'un ordre."*¹⁸ Dans le rapport à l'État, l'espace peut se lire à de multiples niveaux relatifs, c'est-à-dire autant du point de vue de celui qui considère l'État de l'intérieur que de celui qui en a une approche extérieure. Le nomos instaure simultanément un lien avec un territoire et une organisation politique, l'État. La complexité du rapport à l'espace dans les représentations pour figurer l'État ne suffit pas à le représenter dans sa plénitude. Nous avons souligné l'importance de l'espace et celle de l'ordre ; ces deux dimensions sont essentielles mais non suffisantes pour traduire la vitalité des mythologies étatiques. La représentation spatiale s'enchevêtre avec les mécanismes de personnification de l'État qui conduisent à un processus de reconnaissance et d'identification vis-à-vis de ce montage juridique particulier.

B : Construction de la personne morale et juridique de l'État

La construction étatique s'inscrit dans un processus de personnification et d'individualisation. On connaît l'appellation de "personne morale" pour désigner l'État. La question de la personnalité de l'État intéresse les politistes ; cependant, ce sont les juristes qui ont participé à la représentation de l'État sous la forme d'une "personne morale". *"La personnification est essentielle pour la*

¹⁶ CASSIN Barbara (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, Paris : Seuil/Le Robert, 2004, 1531p, p. 1294, (entrée Thémis/Diké/Nomos).

¹⁷ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 74.

¹⁸ SCHMITT Carl, ibidem, p. 74. *"Le nomos désigne la justice comme étant d'abord la justesse d'une mesure"*. La notion de mesure pour désigner la justice se retrouve dans le lexique latin avec le terme *norma* désignant l'équerre, qui a supplanté le terme nomos dans le vocabulaire juridique. CASSIN Barbara (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies*, op. cit. note 16, p. 711.

conceptualisation du nouveau droit des gens interstatal, car c'est grâce à elle seulement que les juristes des XVI^e et XVIII^e siècles, formés au droit romain, ont pu trouver un point d'appui pour leurs constructions juridiques. Ceci est d'une grande importance. Car c'est seulement par ce biais que la guerre devient une relation entre des personnes qui se reconnaissent mutuellement un certain rang."¹⁹ Pourtant, concernant l'État, cette représentation reste confuse : la théorie de la personne morale, héritière "des doctrines scolastiques médiévales de l'homme fictif"²⁰ n'offre pas de données suffisantes pour sonder les incidences profondes de la personnification étatique (1) car il est essentiel d'y associer les liens entretenus entre la religion et le droit (2).

1) Personnification de l'État

La question de la personnification de l'État est représentable et concevable depuis la figure du Léviathan, empruntée à des mythologies païennes et bibliques, et réinterprétée par Thomas Hobbes en 1651, mais cela ne résout pas la question de savoir comment le contexte de l'époque a permis une telle construction de pensée. *"Il va de soi que de telles personae morales et "grands hommes" sont dus à de multiples raisons tenant à l'histoire des mentalités, et que l'individualisme de la Renaissance y a joué un rôle. Le phénomène psychologique de l'individualisme de la Renaissance est important, mais à lui seul il ne suffit pas à créer un nouveau droit des gens. Il s'agit plutôt de la conjonction entre une structure de pouvoir inscrite dans l'espace et une personne représentative. Du point de vue de l'histoire de la pensée, le processus de personnification des puissances publiques – qu'elles soient spatialement d'un seul tenant ou non – est déjà en plein développement au XVI^e siècle, grandement favorisé par la tendance allégorisante de la Renaissance. Les juristes européens s'habituaient ainsi à penser les puissances politiques sous forme personnifiée, et ils se mirent à parler de l'Espagne, de l'Angleterre, de la France, de Venise et du Danemark comme des grands individus. Mais ce n'est qu'à l'époque baroque, au XVII^e siècle, que s'impose pleinement la personnalité souveraine représentative de l'État. Depuis 1648, avec la paix de Westphalie, la pratique des relations politiques assimile-t-elle aussi dans une certaine mesure ces constructions intellectuelles."*²¹ Cette perception de l'État est le résultat d'un contexte bien particulier et localisé. Nous savons la fortune de l'institution étatique, mais était-elle perçue comme telle par ses premiers théoriciens ?

¹⁹ SCHMITT Carl, *ibidem*, p. 145.

²⁰ LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu*, op. cit. note 7, p. 51.

²¹ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 146. L'expression "personae morales" était en caractère romain et en latin dans le texte de la citation.

Dans sa proposition, Hobbes présente un schéma qui rend compte du processus de l'invention de l'État ; il peut être interprété aussi bien d'un point de vue sociologique – le besoin de sécurité des hommes – que philosophique. Assurément, sa proposition est fondamentale pour comprendre la construction théorique de l'État. Cependant, on peut se demander si lui-même considérerait son modèle comme universel ou s'il s'appuyait seulement sur la société de son époque. En refusant au groupe communautaire, la possibilité d'assurer la sécurité de l'ensemble, au profit d'un État, présenté comme tierce personne, *"le philosophe anglais inscrit incontestablement son discours dans une logique universaliste."*²² Bertrand Badie distingue deux discours. L'un est sociologique et s'attache à décrire une invention ancrée dans un temps et dans un espace, le second, philosophique, situe l'invention étatique non dans un rapport contextuel, mais dans une stratégie où l'État est choisi par un *"calcul de raison"*. *"La raison se définit chez lui comme l'ordre de l'addition, du calcul, de la recherche des conséquences et ouvre ainsi le domaine de la science."*²³ Le lien entre raison, science et plus largement savoir, associés à l'État, sera l'un des moteurs de la forte diffusion de cette invention politique : l'État est présenté et reçu comme l'un des fleurons de la "technologie institutionnelle" occidentale. Cette figure de l'État personnifié a parfois été réduite ou éliminée. Bien que certaines réminiscences de cette imagerie perdurent, le processus de rationalisation a entamé cette représentation personnifiée de l'État. Notre objectif est maintenant de s'interroger sur la nature des mécanismes mis en œuvre et également de déterminer quelles sont les représentations qui ont pris place, puisque nous savons que supprimer des représentations, c'est en construire de nouvelles. Pour qu'il y ait processus de sécularisation, il faut nécessairement qu'il y ait eu une phase de fusion État/religion mais aussi religion/Droit. D'ailleurs, là aussi on observe un besoin de personnification auquel la religion a donné des outils de représentation telle que l'imagerie de l'*"État-pontife"* proposée par Pierre Legendre.

2) Établissement du lien religion et droit

Le lien étroit qui existait chez les juristes français entre État et droit ne peut réellement être compris si la religion, comme troisième élément de compréhension, n'est pas intégrée dans le schéma. Dans ce bref développement à propos de la relation entre droit et religion, qui en mériterait bien davantage, il s'agit d'apporter quelques éléments pour la comparaison des processus de sécularisation du droit, pour annoncer celui qui contribuera à l'émergence de l'État. Il s'agit de se demander quelle est la nature de la relation droit et religion, mais surtout, à travers le processus de laïcisation, de mesurer son ampleur. Le fait juridique est-il si étranger au fait

²² BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, op. cit. note 11, p. 77.

²³ BADIE Bertrand, *ibidem*, p. 80. (Le terme "addition" est en caractère romain dans le texte original.)

religieux, comme souvent on aimerait naïvement nous le faire croire ? Doit-on y croire ? Les questions relatives à la relation entre droit et morale apportent quelques éléments sur cette thématique.

"*La religion, fondement du droit ?*" Dans cette proposition, sciemment provocatrice, Jean Carbonnier ne se demande pas seulement si "*le religieux (a) précédé le juridique*" ("*le bon ton doctrinal est de concéder au religieux une certaine influence sur le juridique*"), il recherche également "*la diversité des mécanismes par lesquels la religion peut intervenir dans le droit. Une diversité qui se complique de la dualité qui traverse le droit lui-même. Car le droit, ce n'est pas seulement des règles, c'est aussi un jaillissement en dehors des règles.*" L'auteur ne considère pas l'intégration de la religion dans le système de droit comme une réception, car "*il n'y a pas eu d'adoption directe des normes religieuses par le système juridique. Elles ne sont devenues règles de droit que par l'intermédiaire, la médiation d'autres systèmes normatifs (...). La morale est un de ces systèmes de transition.*"²⁴ Il note la similitude de concepts approchants tels que la faute découlant du péché, directement d'origine religieuse. Ainsi, le lien entre religion et droit bien que souvent réfuté, n'est pas une extravagance dans la mesure où, d'une façon ou d'une autre, les deux corpus se sont fixés pour objectif de penser le "vivre ensemble".

Même si nous reparlerons du processus de sécularisation de l'État et du droit, il nous faut dans un premier temps prendre acte du parallélisme des mouvements religieux et juridiques qui peuvent relever d'un même type de *transport*. L'attraction pour l'un et l'autre peut relever d'un même *état d'esprit*. Le rapport à l'écrit que l'on retrouve dans le phénomène juridique n'est pas sans rappeler le rapport entretenu par les religions avec leur texte fondateur respectif, Torah – qui d'ailleurs signifie "Loi" – Nouveau Testament et Coran. Poursuivant sa logique de rapprochement entre religion et droit, Jean Carbonnier parle de "*croire en le droit*"²⁵. La question du lien entre religion et droit soulève, dans une conception laïcisée, celle de la relation du droit et de la morale qui nous importe de discuter pour l'éclaircir.

Le lieu commun considère que la religion ne peut entrer d'aucune façon dans des considérations juridiques et que ce sont deux sphères radicalement distinctes en France. Pourtant, la religion est encore présente dans le phénomène juridique. "*Souligner la séparation du droit et de la religion,*

²⁴ CARBONNIER Jean, "La religion, fondement du droit ?", *Archives de Philosophie du droit*, Sirey et CNRS, 1993, n° 38 : droit et religion, p. 17-21, p. 17.

²⁵ CARBONNIER Jean, *ibidem*, p. 20.

c'est bien souvent sous-entendre que le droit, devenu rationnel, n'aurait plus besoin de l'appui de croyance. Le droit ne saurait pourtant devenir étranger, indifférent aux convictions. Il est difficilement contestable qu'en chacune de ses manifestations, le droit est à la recherche de l'adhésion, de l'acceptation sociale."²⁶ Et dans ce cadre, il est possible de parler de légitimation du droit. Quel est le lien entretenu entre cette légitimation et la morale ? Il ne nous semble pas que la légitimation du droit passe seulement par la morale comme semble pourtant l'affirmer Hans Kelsen qui critique le rôle de légitimation du droit que pourrait avoir la science juridique. Selon cet auteur, "[il] *n'est pas du rôle de la science du droit de légitimer le droit ; il ne lui appartient absolument pas de justifier l'ordre normatif, que ce soit par une morale absolue ou par une morale relative ; il lui appartient uniquement de la connaître et de le décrire.*"²⁷ En fait, il faut distinguer la légitimation du droit qui peut tout à fait faire appel à des valeurs de justice et de morale, et la science qui tend à la connaissance du droit qui elle, établit une distance avec la morale.

Ainsi, dans l'objectif d'offrir une conception la plus rationnelle possible du droit, Kant met tout en œuvre pour démontrer que morale et droit sont dissociés. Cependant, les difficultés qu'il rencontre dans cette entreprise attestent du lien qui pourrait néanmoins exister. En effet, la démonstration kantienne est ambiguë, ce qui est d'ailleurs souligné par le traducteur et par le préfacier de l'édition de 1971 de sa doctrine du droit. Ce dernier, Michel Villey, signale les réticences de Kant à "*injecter dans le droit de la morale, de réhabiliter "l'équité".*" Il s'intéresse à la question en l'associant à la notion de devoir qui serait propre à la morale tandis que le droit serait, lui, assorti de la contrainte. Cette distinction fonderait la séparation entre droit et morale, et pourtant, d'une manière paradoxale, il définit la contrainte juridique d'une manière morale puisque comme étant "*obstacle à ce qui fait obstacle à la liberté*"²⁸. Ce qui fait conclure à Alexis Philonenko que "*Kant affirme simultanément l'indépendance du droit par rapport à la morale et sa dépendance.*"²⁹ Finalement, les constructions institutionnelles occidentales sont dans une telle mesure héritières des représentations religieuses que l'on est fondé à se demander si ces tentatives répétées et continues de rejet ou de distanciation ne sont pas une démonstration éloquente de la profondeur de l'imprégnation du fait religieux dans les faits juridiques et étatiques. On le voit, la relation entre morale, religion et droit n'est pas claire, ou plutôt, elle est

²⁶ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 3, p. 168.

²⁷ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, p. 94, cité par ATIAS Christian, *ibidem*, p. 181.

²⁸ KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, Paris : Librairie philosophique Joseph Vrin, 1971 (1^{er} éd. 1796), trad. Alexis Philonenko, préfacier Michel Villey, 279p, p. 105.

²⁹ PHILONENKO Alexis, introduction de KANT Emmanuel, *ibidem*, p. 38.

tout à fait claire, à savoir que dans le fond des représentations, ces trois notions sont imbriquées, mais ce sont les discours sur cette relation qui ne sont pas clairs ; et ce, même si un processus de laïcisation de l'État et du Droit est censé avoir eu lieu. Pour qui s'intéresse aux représentations, ce décalage entre discours et pratique est essentiel.

Concernant l'institution étatique, comme pour le droit, la religion tient un rôle important dans le processus étatique. Là aussi, un profond mouvement de sécularisation a été mis en œuvre, mais ses tenants et aboutissants sont si enfouis et refoulés dans la mémoire collective, qu'il pourrait a priori être plus facile de déceler une distinction entre religion et État. Il n'en est rien, tout est mis en œuvre pour oublier et dissoudre la question du lien qui a existé et existe encore entre État et religion ; Pierre Legendre se demande si la question est même encore audible. Tentons néanmoins d'apporter quelques traits caractéristiques de ce processus de sécularisation.

§ 2 : Religion et État : processus de sécularisation

L'État est une construction marquée temporellement et spatialement : *"ce que nous appelons État, avec un minimum de rigueur, correspond au type d'organisation politique qui est apparu en Europe à l'ère moderne et qui s'est en quelque sorte imposé comme modalité légitime du gouvernement des sociétés à l'époque contemporaine."*³⁰ Cette définition suggère tout à la fois le caractère restrictif et limité de la structure étatique mais également la puissance de son efficacité dans l'imaginaire collectif pour qui la structure étatique semble être la seule organisation politique possible. La notion d'État s'est imposée mais, de la même façon que l'on peut se demander pourquoi la culture européenne a imposé son modèle d'organisation et non pas la conception chinoise ou musulmane par exemple, on oublie qu'il aurait pu en être tout à fait autrement. *"En réalité, les modèles occidentaux de gouvernement s'imposent comme universels de manière tautologique, puisque de tous les ordres politiques, seul l'ordre étatique s'autoproclame universel, par recours à un postulat dont il peut d'autant moins se défaire qu'il est reçu par tous comme constitutif de sa propre définition."*³¹ Ainsi, pourquoi la culture juridique occidentale et son mode d'organisation politique étatique se sont-ils imposés ? Comment expliquer l'étonnant succès de l'impérialisme européen ? En 1969, l'historien Pierre Chaunu se demande "[pourquoi] l'Europe ? Pourquoi pas la Chine ? (...) Ce qui manque à la

³⁰ LAGROYE Jacques, *Sociologie politique*, Paris : PFNSP et Dalloz, 1993, 485p, p. 57.

³¹ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, op. cit. note 11, p. 69.

Chine, ce sont les motifs, et des groupes pour les porter. Le problème de l'échec chinois se place d'abord au niveau des motivations. L'échec chinois est double : il se situe au niveau des moyens autant que des vouloirs. Il découle de tout un être."³² Les auteurs sont nombreux à s'être penchés sur la question de l'émergence puis du succès de la construction étatique. Nous privilégierons les approches qui soulignent le caractère daté et localisé de la construction mais aussi celles qui mettent l'accent sur la dimension de sécularisation du phénomène étatique. L'État est, paradoxalement, le fruit de deux phénomènes apparemment contradictoires, la laïcisation et le romano-christianisme. La séparation du théologique et du juridique par l'intermédiaire d'un tiers, en "la personne" de l'État, si l'on peut dire, s'est faite progressivement. Les processus mis en œuvre sont multiples : même si le processus s'est poursuivi par une sécularisation et une laïcisation du droit et de l'État, nous ne pouvons oublier que l'État s'est construit en réaction, contre – nous pourrions dire "tout contre" – le phénomène religieux, en particulier en France où paradoxalement l'État n'aurait pas acquis sa suprématie s'il n'avait pas eu à "lutter" contre la puissance du catholicisme. La séparation entre religion et État a été difficile, à la mesure de la fusion originelle (A). Nous verrons également que les relations religion/politique ne sont pas identiques et expliquent la diversité des modes étatiques. La "Révolution médiévale de l'interprète", tenue pour essentielle dans le contexte où elle s'est produite, n'est ainsi qu'un processus parmi d'autres pour rationaliser les relations politiques (B).

A : Processus d'invention de l'État

L'apparition de l'État occidental correspond à la séparation des ordres politique et religieux. *"Pour nombre d'auteurs, l'apparition de l'État occidental "moderne" consacre la dissociation de deux ordres d'activités, de deux "systèmes" ou de deux "sphères" (ces termes étant souvent utilisés indifféremment ici), le politique et le religieux. Si l'Europe chrétienne, au moins dans ses régions occidentales, "invente" l'État, c'est qu'un modèle commun, définissant les rapports entre ces deux ordres différenciés, se serait progressivement imposé au Moyen Âge. Cette thèse est notamment soutenue par Bertrand Badie et Pierre Birnbaum.*"³³ Il importe de ne pas oublier que le fait religieux est, en définitive, la raison originelle de la construction étatique (1), ce qui

³² CHAUNU Pierre, *L'expansion européenne du XIII^e au XV^e siècle*, Paris : PUF, coll. Nouvelle Clio, 1983 (1^e éd. 1969), 396p, p. 334. Même si on peut s'étonner du succès de la civilisation occidentale au regard des atouts des civilisations chinoise ou arabo-musulmane, méfions-nous cependant de l'histoire-fiction : *"La théorie de la causalité historique, fondée sur des calculs rétrospectifs de probabilité – qu'est-ce qui se serait passé si...? –, n'est rien d'autre que la reconstitution approximative des délibérations qui ont été ou qui auraient pu être celles des acteurs."* ARON Raymond, préfaçant l'ouvrage de WEBER Max, *Le savant et le politique*, Paris : Plon, 1963 (1^e éd. 1959), 221p, p. 11.

³³ LAGROYE Jacques, *Sociologie politique*, Paris : PFNSP et Dalloz, 1993, 485p, p. 75.

explique le caractère "révolutionnaire" de processus de sécularisation, engendrée par la "Révolution médiévale de l'interprète" (2).

1) Fusion originelle de l'État et de l'Église, illustration par le système administratif

Le point de départ du processus présente une relation très intime entre Église et État. On peut signaler quelques aspects qui dévoilent la proximité des organisations politique, étatique et religieuse. Le principal élément concerne l'esprit et les principes d'organisation de l'administration étatique. Pour retrouver la trace de ces sources ecclésiastiques, une première approche peut se faire par le vocabulaire de l'État. Ainsi, les notions de service (public), de fonctionnariat, le terme même de ministère sont des emprunts au service religieux. L'intégration de ces principes dans l'esprit du droit administratif est telle qu'il n'est pas anodin d'en parler comme d'un "culte". Ainsi, *"le droit administratif, dont le critère distinctif demeure discuté, procéderait en réalité de quelques dogmes qui en traduiraient les mystères : l'intérêt général, le service public, la puissance publique. Or, comme on le sait, les dogmes ne sont pas seulement affaire de conviction mais aussi de culte. Il y faut un temple, des docteurs, des ministres. Le droit administratif n'en a pas manqué, ni bien entendu, de querelles proprement théologiques. De là ses apparences quelques peu mystiques, le reproche fait à son clergé de tenir un discours ésotérique. (...) Ainsi, la répugnance pour le droit administratif est-elle presque toujours teintée de ce qu'il faut bien appeler une sorte d'anticléricalisme."*³⁴ Le droit administratif a en effet été élaboré en référence aux principes du droit canon³⁵. Le processus étatique s'est développé dans le monde du christianisme, il a pris une ampleur plus marquée dans les territoires catholiques que protestants. Alors que le politique et le religieux étaient relativement confondus jusque dans les années 1000, la montée en puissance de l'Église et, finalement, l'idée qu'elle jouissait d'une pleine autonomie et qu'elle était auto-organisée, ont provoqué une réaction du pouvoir temporel. C'est la puissance de la papauté et la non-immixtion des princes et empereurs dans ses propres affaires qui a déclenché la réaction de ces derniers. L'organisation étatique est proche de celle de l'Église car au moment de la séparation, ce qui ne s'appelle pas encore tout à fait "l'État" a besoin d'une structure d'organisation : sa propre bureaucratie ne peut que s'inspirer de celle de l'Église romaine.

³⁴ BOULOUIS Jean, "Supprimer le droit administratif ?", *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 46 : Droit administratif, bilan critique, 1988, p. 5-12, p. 6.

³⁵ LEGENDRE Pierre, *Cours d'histoire de l'administration*, Licence de droit public en 1995-1996 à Paris I. Il y développait l'influence des conceptions et principes religieux dans l'organisation du service public.

Pour conclure sur l'esprit du religieux à l'intérieur de l'État, notons cette remarque de Pierre Legendre à propos des réformes sur le centralisme en France. Il nous signale l'étonnement d'observateurs étrangers confrontés à ces pratiques politiques et notamment à l'égard des projets de réformes : *"les Français réforment leur centralisme comme on réforme une religion. (...) Mais les grands principes restent en surface, le plus profond touche aux pratiques : le centralisme, techniquement, est un artifice d'essence religieuse, au sens d'une transposition historique, dans la société séculière française à l'âge de la Contre-Réforme catholique, des moyens du gouvernement juridique issus de la longue pratique pontificale en Europe."*³⁶ Ces éléments ont deux incidences : ils attestent de la proximité entre religion et État au moment de sa période d'émergence et ils fournissent quelques éléments pour comprendre le sens des représentations de l'État aujourd'hui : *"(...) en un pays profondément marqué par les traditions catholiques (...), le style de soumission à l'État est resté plus longtemps qu'ailleurs dépendant des réflexes acquis aux temps héroïques de la Monarchie théocratique. L'État lui-même y est demeuré mystérieux – il faut le répéter –, puissance surhumaine et absolue, indéfiniment bienfaisante et qu'on doit aimer."*³⁷ De là, on peut aisément anticiper que la séparation ou la distanciation État/Église n'a pas été un processus aisé ni rapide.

2) Émergence de l'État face à la puissance de l'Église : la "Révolution médiévale de l'interprète"

L'État s'est créé par réaction et en réponse au "renforcement" de l'Église. La fusion est remplacée par une opération de distanciation. En quoi consistent les mécanismes et les motivations de cette séparation ? Pourquoi l'État a-t-il dû être "inventé" ? Quelle était sa raison d'être ? Toutes ces questions ont été examinées pour élucider les relations de la religion et de l'État et conclure qu'en Occident, *"le lieu le plus sensible de cette dissociation se situe incontestablement dans les rapports entre le système politique et le système religieux."*³⁸

La construction de l'État moderne a été accompagnée *"d'une œuvre de redécouverte du droit romain revu et reconçu en fonction de l'évolution de la pensée sociale, de la redécouverte de l'individualisme et de l'aggiornamento qui affectait alors le christianisme."*³⁹ Pierre Legendre a également identifié ce mouvement et ce contexte qui ont procédé à la construction étatique dont nous sommes encore aujourd'hui les rentiers, parce que clé du centralisme. Il parle de

³⁶ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard, coll. Les savoirs, 1992, 638p, p. 16.

³⁷ LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 527.

³⁸ BADIE Bertrand, Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, op. cit. note 6, p. 144.

³⁹ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, op. cit. note 11, p. 209.

"*Révolution médiévale de l'interprète en Occident*" ; il situe cette rupture dans le courant des 12^e et 13^e siècles, marqués par la scolastique du droit romano-scolastique, sous l'égide du christianisme pontifical. "*L'État est le produit du romano-christianisme et de la laïcisation des procédures de Référence qui sous-tendent aussi bien l'avènement que l'expansion du régime industriel.*"⁴⁰ Principalement, cette Révolution juridique initiée par le Pape Grégoire VII est le premier pas vers ce que l'on appellera la rationalité de l'écrit et la puissance de son interprète, une *ratio scripta* que ce tournant a rendu irréversible en Occident. Et de ce fait, a permis le "*montage particulier que nous appelons l'État et le Droit.*"⁴¹ Concrètement et brièvement, il s'est agit de mettre en place un ordre de l'écrit juridique et de permettre qu'il puisse "*indéfiniment*" être écrit et réécrit, interprété et réinterprété. Ainsi, remplacer les compilations de Justinien du 6^e siècle permet de poser un législateur unique, représentation absolue de la Loi, en la personne du Pape dans un premier temps, en attendant, si l'on peut dire, l'émergence de l'État⁴². En d'autres termes, si l'on comprend bien le propos de Pierre Legendre, l'État est non seulement une construction née en réaction à la puissance de l'Église, mais en outre, l'ordre et l'esprit juridique de ce même État sont la conséquence directe d'une révolution juridique également religieuse. Partant de là, on comprend un peu mieux pourquoi la séparation a été laborieuse, et si, une fois déclarée, elle reste à certains égards assez ambiguë.

La construction étatique participe du passage d'un monde de pensée à l'autre : le fait que d'anciens concepts soient appliqués (souvent déformés) à de nouvelles situations participe à la confusion et à la transformation et explique la naissance de mythes. "*Le passage du Moyen Âge aux Temps Modernes s'accomplit à travers une double dissociation de deux ensembles conceptuels inséparables au Moyen Âge : on détache définitivement l'argumentation théologico-morale de l'Église de l'argumentation juridique de l'État ; et, chose tout aussi importante, on sépare le problème de la justa causa, qui relève du droit naturel et de la morale, du problème typiquement juridique et formel du justus hostis, distingué du criminel, objet d'une action punitive.*"⁴³ La question du droit des gens, qui s'inscrit dans l'émergence des relations inter étatiques, est réglée, par les juristes de l'époque, selon des modes de raisonnement relevant de deux types de discours, où morale et droit se mêlaient explicitement. "*A partir du XVI^e siècle, ce sont les juristes (se trouvant au service d'un gouvernement) qui poursuivent l'étude des*

⁴⁰ LEGENDRE Pierre, "Les dessous du raisonnement juridique", art. cit. note 8, p. 185.

⁴¹ LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu*, op. cit. note 7, p. 109.

⁴² LEGENDRE Pierre, ibidem, "Redonner forme au monde entier" : la Révolution de l'interprète en Europe (XI^e-XII^e siècle), p. 105-114.

⁴³ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 121. (hostis, is, ennemi de guerre.)

problèmes de droit des gens ; en partie sur le plan théorique, en sécularisant l'argumentation de théologie morale produite par les scolastiques pour en faire une philosophie "naturelle" et un droit "naturel" de la raison humaine universelle ; en partie sur le plan de la pratique positive, en utilisant des concepts de droit romain tels qu'ils étaient fournis par la science juridique civiliste et la pratique des légistes de leur temps. Il en résulta un amalgame hybride des doctrines de la guerre juste héritée de la théologie morale du Moyen Âge et de concepts purement séculiers du droit civil romain (...)."⁴⁴ Aujourd'hui, droit et morale sont toujours liés mais, suite au processus de sécularisation de l'État et à la laïcisation du droit, cette relation est comme dissimulée.

Sans difficulté excessive, nous pouvons constater que les deux processus évoqués ci-dessus ne sont, d'aucune manière, universels, et n'ont pas affecté toutes les formes d'organisation du politique. Ce processus étatique dans sa conception restrictive n'est pas le seul imaginable. D'autres traditions, baignées dans d'autres religions, ont inventé d'autres manières d'organiser le droit et le politique. Toute l'ambiguïté et la difficulté d'accepter un tel discours, vient de la banalisation du terme État et de l'accumulation des représentations qu'il draine, trompeusement universalisées. Si l'identification des modes de rationalisation de l'État occidental a su attirer l'attention, n'oublions pas que cette rationalité spécifique cohabite avec d'autres façons de "faire" et de "penser".

B : Variété des interprètes et des processus étatiques

La relativité du concept étatique se joue à deux niveaux. C'est une construction juridique et politique construite dans et pour l'espace occidental ; ce qui remet en cause l'universalité de cette construction et renvoie à la question de l'interprète de l'écrit juridique qui adopte des mécanismes différents de celui de l'Occident médiéval. En outre, à un deuxième niveau, à l'intérieur même de l'espace occidental existent plusieurs grilles de lecture utilisées pour appréhender cette construction et qui aboutissent à différentes formes et fonctionnalités étatiques. Si le concept n'est pas universel, au sens du questionnement de Bertrand Badie sur "*l'importation de l'État*" et l'occidentalisation de l'ordre politique, la complexité des réalités étatiques conduit à s'interroger également sur les différentes cultures juridiques étatiques occidentales. La différence observée dans les constructions étatiques dans l'espace européen s'inscrit dans un contexte plus général de différences des représentations du droit à l'intérieur de la sphère européenne, ceci sans ignorer l'existence d'une tradition juridique commune. La principale différence émane de la diversité

⁴⁴ SCHMITT Carl, *ibidem*, p. 127.

religieuse. La césure remarquable est consécutive à la fracture religieuse entre catholicisme et protestantisme. La forme étatique prend différentes modalités selon le degré et la nature de la séparation entre les deux sphères, religieuse et politique (1). L'analyse de l'émergence de la puissance étatique nous paraît apporter des éclairages stimulants sur la condition étatique et sur la façon dont cette institution a permis d'absorber les tensions européennes (2).

1) Diversité des interprètes du Droit à l'extérieur et à l'intérieur de l'espace européen

La principale distinction opère au niveau de la légitimité de la production normative : le rôle joué par la religion dans cette légitimité est l'une des variables primordiales dans la distinction des agencements. *"Essentiellement, la caractéristique de la méthode européenne d'accès à la norme réside dans sa capacité du système de modifier les contenus du discours de légitimité. Alors que l'interprète juif ou musulman exerce son pouvoir herméneutique à l'intérieur d'une construction où, pour reprendre les catégories du romano-christianisme, le théologique et le juridique sont entrelacés comme les fils d'un tissage, il n'en va pas de même dans l'édifice rationaliste issu de la Révolution médiévale de l'interprète. Si cette Révolution signe l'entrée de l'Europe dans le mouvement des modernités ininterrompu jusqu'à nous, c'est qu'elle a mis à l'épreuve une conception foncièrement étrangère au montage juif ou musulman : la séparation de la théologie et du droit. Séparation inscrite, si j'ose dire, sur le ticket d'entrée : assise conceptuelle du modèle occidental, le droit romain n'était pas seulement un vivier de doctrines, mais la réalisation d'une pratique normative détachée d'un contenu religieux."*⁴⁵ Cette distinction fondamentale dans le rapport au religieux est la principale source d'incompréhension entre les différents montages. Cependant, on peut se demander si cette incompréhension n'est pas parfois feinte. Feinte dans la mesure où une fois que la distinction entre les modes de raisonner a été repérée, les acteurs ne l'admettent pas et la récusent, tant les autres représentations remettent en cause leur façon de voir et d'envisager le politique et la société. *"Le monde chrétien est à l'inverse un monde essentiellement profane. Aucune religion n'a plus que le christianisme refoulé Dieu dans son ciel. (...) Entre le Droit occidental et le Droit musulman existe ainsi une opposition radicale généralement incomprise des juristes occidentaux mais dont leurs collègues musulmans ont une conscience aiguë : le pouvoir en islam n'est pas source de Droit (l'innovation juridique appartient à la communauté ou aux docteurs qui en la matière la représentent), la loi coranique, la charia, s'impose aux pouvoirs, c'est elle qui les légitime ou les condamne ; la loi occidentale trouve au contraire sa source dans les pouvoirs publics, ce sont eux qui la font ou l'abrogent.*

⁴⁵ LEGENDRE Pierre, "Les dessous du raisonnement juridique", art. cit. note 8, p. 188.

(...) *De cette inversion de la perspective résulte que l'État islamique n'a ni les moyens ni la mission de transformer la société.*"⁴⁶ À ces différentes conceptions, s'ajoute à l'intérieur de la culture chrétienne des variations sur la façon de concevoir l'État.

Nous avons détaillé le processus d'émergence étatique et signalé qu'il a été d'autant plus important qu'il correspondait à une façon d'exister face à une Église de plus en plus autonome. Cependant, cette manifestation s'observe surtout dans les contextes où l'Église catholique est puissante. En contexte protestant, le processus n'a pas été de même nature. Ces deux religions ont-elles exercé une influence particulière sur la conception qu'on pouvait se faire de l'organisation d'un centre politique et du droit ? Si oui, et nous pensons, en effet, qu'elles sont à l'origine de l'existence de certains traits caractéristiques, quels sont-ils et en quoi consistent-ils ?

A l'intérieur de l'espace occidental, les modalités étatiques varient, influencées par différents facteurs où la culture juridique peut nous guider à plus de compréhension des comportements vis-à-vis de la structure étatique. La césure entre culture juridique de Common Law et de droit romano-canonique a des répercussions sur le rapport à l'autorité. *"Historiquement d'ailleurs, le système de common law – l'ensemble de la common law et de l'equity – apparaît plutôt que comme une création du souverain, comme une protection contre lui. Elle est à l'origine une défense contre l'arbitraire du seigneur et de sa cour, une réaction du corps social à l'encontre du pouvoir de l'État, et en cela s'oppose à un système de droit statocentrique qui reste au contraire une expression de la volonté de l'État. On ne saurait s'étonner du sociocentrisme du système de common law alors que les sociologues de l'État insistent tant de leur côté sur le fait que la Grande-Bretagne et les États-Unis connaissent une culture civique anti-étatiste et anti-autoritaire et proposent la notion de "centre sans État".*"⁴⁷

On retrouve le facteur religieux dans la diversité des constructions étatiques. La distinction des contextes a eu une influence sur l'énergie que l'État a dû déployer pour s'imposer comme organisation politique autonome face à l'Église. Dans les pays de Réforme, la résistance contre celle-ci a été moindre, en d'autres termes, Princes et Églises réformées se sont finalement retrouvés solidaires. L'explication de cette association se trouvait dans la résistance commune contre l'Église de Rome. Ainsi, *"force est de constater que le protestantisme a contribué à*

⁴⁶ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)", *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, janvier 1983, p. 83-117, p. 99-100.

⁴⁷ TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 205p, p. 169.

limiter la croissance de l'État : celui-ci dans sa formule la plus achevée, semble donc prioritairement lié à la culture catholique."⁴⁸ Une autre culture relative au centre politique a émergé et par conséquent un rapport au droit lui-même différencié ; nous prendrons le temps de les analyser plus en profondeur dans nos développements relatifs à la situation juridique canadienne et québécoise. Remarquons à propos de la dernière formule des deux auteurs, que lorsqu'ils parlent de "*formule la plus achevée*", cela ne doit pas être interprété dans un sens évolutionniste. Cette précision est seulement apportée en ayant à l'esprit que la formule étatique est une construction très particulière et localisée, élaborée dans un contexte socio-religieux spécifique, à l'origine seulement, puisqu'elle a connu la fortune que l'on connaît. Fortune et propagation dans les imaginaires collectifs qui nous posent question. Que s'est-il passé, en effet, pour en venir à voir l'État comme un habillage neutre, qu'il n'est pourtant pas quand on sonde les montages institutionnels qui le fondent et le soutiennent ?

2) Rationaliser les relations inter-étatiques ou rationaliser la guerre ?

Pour comprendre la mission assignée à l'État, partons de l'analyse proposée par Carl Schmitt. Il développe des propositions relatives à la séparation entre État et religion, mais il le fait dans le cadre plus général du droit des gens. "*La première rationalisation produite par la structure spatiale appelée "État" consista, en politique intérieure et extérieure, à déthéologiser la vie publique et à neutraliser les antagonismes de la guerre civile confessionnelle.*"⁴⁹ La sécularisation de la vie européenne autour de l'État s'accomplit, selon lui, dans un triple mouvement : "*L'État crée premièrement en son sein des compétences claires en soumettant les droits féodaux et territoriaux ainsi que ceux des états et de l'Église à la législation, à l'administration et à la justice centralisée d'un souverain territorial. Deuxièmement, il surmonte la guerre civile européenne qui sévissait entre les Églises et les partis confessionnels, et neutralise le conflit des confessions à l'intérieur de l'État grâce à une unité politique centralisée. (...) Troisièmement enfin, l'État, sur la base de l'unité politique interne qu'il a créée, forme face à d'autres unités politiques une surface close sur elle-même qui présente des frontières fixes vers l'extérieur et peut entretenir un genre spécifique de relations extérieures avec d'autres ordres territoriaux organisés de façon similaire.*"⁵⁰

⁴⁸ BADIE Bertrand, Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, op. cit. note 6, p. 147.

⁴⁹ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 142.

⁵⁰ SCHMITT Carl, *ibidem*, p. 129.

Comprendre les raisons et le contexte d'émergence de l'État nécessite de considérer l'état d'esprit de l'époque ou plus précisément le passage d'une époque à l'autre, où changent les modes de pensée, mais également les représentations de l'espace de proximité, sur la terre ou dans l'univers⁵¹. La construction étatique ne se détache pas de considérations relevant des enjeux liés aux découvertes territoriales non-européennes et sont donc à lire en ayant à l'esprit les théories concernant les questions juridiques qu'elles ont soulevées. La découverte de l'altérité s'est accompagnée d'une conscience plus aiguë de sa propre condition. L'État peut être envisagé comme un mécanisme de reconnaissance entre ceux qui se considèrent comme égaux. Paradoxalement, les États se reconnaissent entre eux comme des partenaires potentiels pour faire la guerre. En d'autres termes, l'État a pu également être utilisé pour organiser la guerre, "*dès lors la guerre devient une guerre en forme*" sur le continent européen et une manière de reconnaître son ennemi. Avec l'État, la guerre n'est plus ni religieuse, ni civile : "*Aux deux parties belligérantes revient au même titre le caractère étatique. Les deux parties se reconnaissent comme État. Par là même il devient possible de distinguer entre l'ennemi et le criminel. La notion d'ennemi devient susceptible de prendre une forme juridique. L'ennemi cesse d'être quelque chose qu'il faut anéantir. Par là même un traité de paix avec le vaincu devient possible. Voilà comment le droit des gens européen est parvenu à circonscrire la guerre à l'aide du concept d'État.*"⁵² Finalement, pour cet auteur, la construction étatique aurait été, dans un premier temps, l'outil de résolution des conflits, notamment d'ordre religieux, sur le sol européen. Certes, État et violence sont étroitement liés. Il serait naïf de concevoir le droit de l'État comme un instrument neutre de régulation de la société. Et quand il est présenté comme tel, il est facile de voir poindre qu'il peut être une "*façon déguisée d'exercer la violence et l'oppression.*"⁵³ Cependant, le droit ne peut être réduit seulement à cette violence : la vision guerrière du droit et du politique est palpable, mais est davantage inhérente aux rapports sociaux en général qu'aux rapports spécifiquement juridiques.

⁵¹ La construction de l'État doit être resituée dans le contexte scientifique de l'époque, à savoir les découvertes de l'organisation du système solaire : on découvre avec effroi que non seulement la terre n'est pas plate mais que de plus elle n'est pas au centre du système solaire.

⁵² SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 143.

⁵³ COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris : PUF, coll. Questions, 327p, p. 222. Selon Jean-Marc Coicaud commentant Carl Schmitt, "*Dans les relations politiques internes et externes, le droit n'a aucun statut fondateur. Seuls comptent les rapports de forces. Il (Schmitt) affirme que l'activité politique n'a pas pour cadre un univers communautaire au sein duquel s'établissent des relations de consensus et de compromis, organisées juridiquement. L'activité politique se déroule dans un univers où s'entredéchirent des entités engagées dans une lutte pour leur existence.*" p. 219.

Cette approche guerrière, pour rationaliser les "pourquoi de la réalisation étatique", doit être considérée parmi d'autres moteurs ayant favorisé la construction étatique. Avant de se reconnaître mutuellement entre États, la conscience d'être un État doit se mettre en place. Cette question est difficile à poser dans la mesure où il est délicat de déterminer comment et à partir de quand un État prend conscience de sa nature, sans même poser les questions "qui est État ?" et "qui prend conscience de qui ?" dans l'organisation du droit des gens. *"La France est ici la puissance qui ouvre la voie, et le premier État souverain juridiquement conscient de l'être. C'est d'abord en France que la guerre civile des partis religieux est surmontée dès la fin du XVI^e siècle par le concept de souveraineté du roi (en tant que chef suprême de l'État). En Espagne et en Italie, il n'y eut pas du tout de guerre civile entre partis religieux. En Allemagne et en Angleterre, ce n'est qu'au XVII^e siècle que le conflit se déclare ouvertement sous forme de guerre ou de guerre civile. Ce sont les légistes français, avec Jean Bodin à leur tête, qui formulent en premier les définitions dont l'évidence s'impose et qui se répandent avec une vitesse incroyable dans toute l'Europe."*⁵⁴ L'organisation du droit des gens du continent européen s'élabore autour de l'État territorial souverain et fixe les contours du caractère étatique sur le continent ; il correspond à un phénomène historique concret qui, à l'origine, n'a pas vocation à devenir universel.

Nous parlons de pyramide à l'intérieur de l'État, ou plus exactement comme une représentation de celui-ci, mais l'imagerie de la hiérarchie va plus loin, car le mode de pensée correspondant au fonctionnement étatique est lui-même placé au sommet d'une pyramide. Il fonctionne selon une légitimité légale-rationnelle. Cette typologie, due à Max Weber, distingue une légitimité traditionnelle et charismatique, toutes deux perçues et présentées implicitement comme inférieures au regard de celle développée dans le fonctionnement de la construction étatique. Cette relation instituée entre État et raison est importante, dans la mesure où l'État est alors associé au progrès, dans une perspective évolutionniste. Nombreux sont les auteurs à souligner cette spécificité de la construction étatique : comment expliquer alors sa propagation dans des contextes politico-culturels différents ? Pourquoi cette "invention" a été non seulement imposée, mais également revendiquée ? L'idée selon laquelle rationalité et raison seraient fortement associées à l'organisation étatique a contribué pour beaucoup à ce phénomène. Forcée au 16^e siècle et associée dès cette époque au courant rationaliste, elle s'impose aux esprits de telle façon qu'il est aujourd'hui difficile de sortir du cadre conceptuel étatique. Cette vision idéalisée de

⁵⁴ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 10, p. 128.

l'État existe et a perduré. Celle de son lien indéfectible avec le droit également. Notre regard peut s'attarder maintenant plus précisément sur les mécanismes de cette mythification.

§ 3 : *Éléments de mythologie du Droit et de l'État*

L'invention étatique est auréolée du "*sceau de la rationalité*". "*L'Occident s'impose alors, grâce à ses performances technologiques, comme "le monde de la civilisation", et parvient ainsi à se faire accepter comme agent de la reconstitution d'un savoir positif et comme diffuseur de la science.*"⁵⁵ Le processus de rationalisation à l'origine de l'émergence de la construction étatique a été si puissant que la rationalité est devenue l'un des caractères souhaités pour définir l'État lui-même, c'est-à-dire non seulement le processus, mais également le résultat de celui-ci. Montrer les mécanismes d'émergence de ces mythologies passe par deux phases descriptives. L'une s'applique à montrer les influences, l'autre à déterminer en quoi il y a un décalage – sans parler d'erreur – entre les théories et la réalité juridique, que ce soit au moment même où la théorie est élaborée⁵⁶ ou bien lorsque la théorie est dépassée a posteriori, par la réalité et/ou en voie d'être remplacée par d'autres modèles.

Une prudence certaine est nécessaire pour distinguer mythes et institutions. Parfois, la frontière est ténue dans la mesure où les uns et les autres peuvent avoir des fonctions identiques dans l'organisation de la pensée juridique. Dans ces cas, il est bien périlleux et inutile de fixer des critères de reconnaissance, et parfois même impossible de pointer tel ou tel caractère du droit comme "*une connaissance absolument certaine et démontrable.*"⁵⁷ Entre les deux entités, institution et mythologie, la frontière est poreuse, une institution se nourrit bien souvent de bases mythologiques, inversement les mythes juridiques émanent aussi de faits juridiques tout à fait institués relevant des catégories juridiques positivistes. L'un de ces mythes concerne la représentation rationnelle du binôme "*l'État et le Droit*", pour reprendre l'expression legendrienne, dans sa figure pyramidale et hiérarchisée (A). Nous devons considérer un jeu de trois pyramides : celle représentée par l'État, celle du droit et enfin celle du binôme lui-même

⁵⁵ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, op. cit. note 11, p. 80.

⁵⁶ Voir le modèle cognitif et fonctionnel de Rodolfo SACCO, que nous avons développé dans le paragraphe 1) Les limites de l'interprétation : le décalage entre représentations et réalité, p. 31-35. **Vérifier n° pages finales**

⁵⁷ Karl POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, Paris : Payot, 1934, p. 32-33, cité par ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence : Presses universitaires Aix-Marseille, 1991, 118p, p. 18.

dont la théorie du positivisme kelsenien, mythifié par ses successeurs, n'est pas exempt d'ambiguïté, matière à mythologie (B).

A : Représentations de l'État et du droit étatique

On retrouve le binôme "*l'État et le Droit*", après que l'État a pris ou seulement que l'on a voulu lui faire prendre ses distances avec la religion. Vouloir éteindre l'élément "religion" dans les représentations relatives à l'État est un pis-aller. A la limite, nous dirions que cette mise à distance, en rendant implicite, secrète et mystérieuse cette relation, n'en acquiert que davantage de puissance. Dans l'étude des représentations de l'État, la polysémie du terme "représentation" est utilisée dans toute son amplitude, puisque nous recourrons autant au sens "image" (représentation géométrique) qu'aux significations juridiques et politiques. Remarquons que la représentation de la rationalité traverse à deux niveaux la relation État et droit. Elle concerne la représentation de l'un et l'autre des deux éléments mais également le lien qui les unit intimement. Nous verrons ces deux aspects au travers des représentations pyramidale du droit et de l'État (1), et déterminerons les éléments contextuels qui ont contribué à la force de ce mythe (2).

1) Représentation pyramidale du droit et de l'État : origines et passerelles

Parler de représentation pyramidale, que ce soit à propos du droit ou de l'État, puis éventuellement critiquer ou nuancer cette proposition ne peut se faire sans, dans un premier temps, montrer l'existence de cette représentation dans l'imaginaire juridique des auteurs. Cette représentation qui peut paraître assez naturelle à l'intérieur de la communauté des juristes ne l'est finalement pas tant que cela et mérite, pour être discutée, d'être posée clairement. En d'autres termes, dans quelles mesures les juristes ont-ils eu et ont-ils encore cette représentation de l'État et du droit à l'esprit ?

La connexion entre État, mythe et droit suggère encore chez les juristes la représentation pyramidale. Cette imagerie étatique est encore aujourd'hui utilisée par les auteurs. Mais il importe pour notre travail de distinguer deux approches qui, parce qu'elles sont souvent mêlées dans l'esprit et les écrits, n'apparaissent pas distinctement. Lorsque la représentation pyramidale est évoquée, il est parfois malaisé de déterminer s'il est question du droit ou de l'État. La confusion, ou plus exactement la fusion entre les deux éléments, reflète la position de l'auteur pris en considération, et son positionnement dans le positivisme juridique, expression ultime de

l'intégration du droit dans l'État. Ainsi, il est parfois question du droit mais l'État n'est pas loin dans l'esprit de l'auteur.

Dans un article, au titre symptomatique "Pyramide", François Terré donne sa définition du droit à la demande de la revue *Droits*. Ce qui attire notre attention est qu'il met l'accent sur les dangers de considérer le droit de manière unitaire ("*la faillite de toute analyse unitaire*", "*les ravages du positivisme* [et son] *discrédit*"), mais simultanément, pour élaborer cette critique, il ne sort jamais du contexte pyramidal : de "*Au sommet de la pyramide, le droit est*" jusqu'à son "*Ainsi, à tous les niveaux de la pyramide, il y a le droit.*"⁵⁸ Finalement, son analyse qui pourtant se montre relativement sensible aux pratiques juridiques réelles dans la mesure où il met l'accent sur son ambivalence irréductible et le décalage entre théorie et pratiques, est curieuse car elle n'établit aucune distance avec la conception pyramidale. Quoique mise à mal et concurrencée par d'autres façons de percevoir ordre normatif et prises de décision, cette représentation a façonné la culture juridique chez les juristes européens et occidentaux qui ont des difficultés à s'en départir. Ainsi, cette imagerie est rappelée même quand les auteurs la remettent en question. Ceci pour montrer la prégnance de cette représentation. Jean Carbonnier, lui aussi à la recherche d'une définition de ce que pourrait être le droit, en parle comme ne pouvant plus être "*figuré uniquement par une pyramide ou une colonnade de normes.*"⁵⁹ La distinction entre État et droit se fait moins nette quand sont associés droit et administration où, là encore, a fortiori la présentation de l'administration de l'État est comme "*une sorte de lieu géométrique de tous les procédés structurels, décisionnels et matériels par lesquels se concrétisent les activités reconnues publiques.*"⁶⁰ Pour sonder les origines de la puissance de la représentation pyramidale, il est utile de recourir aux deux versants de la représentation : aussi bien une signification symbolique que purement rationaliste.

En ce qui concerne le versant symbolique de ces représentations, la représentation de la pyramide peut avoir diverses origines. Certains auteurs la visualisent dès l'époque médiévale dans la construction féodale, où "*le roi est au sommet de la "pyramide" féodale.*"⁶¹ Il nous semble qu'une interprétation croisée des figures du Léviathan de Hobbes et de celle de l'État-Pontife, développée par Pierre Legendre, manifeste la nécessité de recourir à un tiers extérieur

⁵⁸ TERRÉ François, "Une pyramide", *Droits, Revue française de théorie juridique*, n° 11, Définir le droit/2, 1990, p. 63-66.

⁵⁹ CARBONNIER Jean, "La religion, fondement du droit ?", art. cit. note 24, p. 19.

⁶⁰ BOULOUIS Jean, "Supprimer le droit administratif ?", art. cit. note 34, p. 7.

⁶¹ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris : CNRS, 1992 (1^{er} éd. 1948 chez Montchrétien), 763p, p. 301.

auquel on a besoin de référer. *"On peut accéder à la compréhension de la nature anthropologique du phénomène étatique par l'analyse de sa fonction de Référence, celle-ci étant entendue comme lieu structural auquel est imputable la représentation du fondement. En usant du terme de "représentation", nous nous avançons vers la prise en compte du caractère théâtral de l'État, matière encore étrangère malheureusement à la science politique et, davantage encore, aux juristes. La culture occidentale n'accepte pas de considérer ses élaborations institutionnelles majeures avec ce regard froid qui, non sans condescendance, observe les constructions de pouvoir africaines ou chinoises (...). En ce sens, l'État est de facture mythologique et fonctionne rituellement ; c'est par là qu'il rejoint les sociétés humaines de tous les temps, assujetties à l'impératif dogmatique premier : mettre en scène le fondement du déploiement normatif. Dans cette perspective, l'État juriste à l'occidental n'est qu'une version du principe totémique."*⁶²

L'utilisation de la notion de totem n'est pas nouvelle et permet d'introduire une vision plus globale, d'une puissance anthropologique plus grande pour s'interroger sur le fonctionnement des sociétés et de leurs institutions. Ce questionnement a été initié par les anthropologues qui ont perçu la grande capacité heuristique et d'interprétation de la question totémique à propos de l'État et de son droit. Même si Pierre Legendre ne suit pas Claude Lévi-Strauss dans ses analyses, ces deux auteurs y voient à leur manière et avec leur vocabulaire propre des éléments d'explication des montages spécifiques de transfert de responsabilité vers l'État⁶³. L'État agit "au nom de" dans un mécanisme de représentation, pris dans son sens purement juridique cette fois-ci. Introduire une lecture totémique dans la question étatique permet d'une part de situer la relation État-droit en Occident telle une institution comme une autre, parmi d'autres possibles et d'autre part, d'insister sur l'organisation particulière qui la régit, à savoir qu'en Occident, "[le] Droit exerce une double action : il atténue les différences qui font l'originalité des groupes et la personnalité des individus, il les habitue à l'idée que les responsabilités essentielles reviennent à l'État. (...) La plupart des phénomènes obéissent à ces lois de la nature dont nous avons vu qu'elles sont comme la volonté que Dieu continue à imposer au monde qu'il a créé, ou sont dues au hasard : nature et hasard sont deux concepts qui, comme l'État, délimitent des champs soustraits à l'action des hommes et donc à leur responsabilité."⁶⁴ Ce lien entre droit et État, construit peu à peu, a atteint son stade ultime de théorisation au tournant du 20^e siècle avec la contribution de Hans Kelsen dont on soulignera les ambiguïtés.

⁶² LEGENDRE Pierre, "Les dessous du raisonnement juridique", art. cit. note 8, p. 184.

⁶³ LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu*, op. cit. note 7, p. 155 et 60.

⁶⁴ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique...", art. cit. note 46, p. 101.

Plus tard, la hiérarchie des normes présentée par Hans Kelsen participe également dans le registre juridique à la "renommée" de cette figure. Le positivisme juridique et la construction étatique sont fortement liés dans l'imaginaire juridique puisque le premier "*milite en faveur d'une identification entre le droit et l'État*."⁶⁵ Deux éléments juridiques ont pu contribuer à l'émergence de cette "croyance géométrique". Le premier est lié à la notion de hiérarchie des normes. On connaît de sa *Théorie pure du droit* la hiérarchie des normes, représentée par la fameuse pyramide, l'exclusivité de cette hiérarchie normative – "*hors hiérarchie, il ne saurait y avoir de règle de droit*"⁶⁶ – et le débat autour de la norme supérieure qui n'est fondée par aucune autre, mais qui pourtant, de toute sa hauteur, valide, pour ainsi dire "magiquement"⁶⁷, toute la construction. La représentation pyramidale n'est pas seulement une interprétation des générations postérieures à Kelsen. Lui-même utilise explicitement l'expression dans sa description de l'ordre juridique qui "*n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques*."⁶⁸ Dans le contexte de résistance au droit naturel de l'époque, on peut comprendre que cet ensemble de normes hiérarchisées sans contradiction ni lacune, soutenu par une norme fondamentale ait pu séduire les esprits juristes. Dans ce cas, c'est le droit qui est particulièrement visé, mais étant donné l'étroite relation entre droit et État chez cet auteur, le résultat du point de vue des représentations revient à deux pyramides confondues. L'autre élément de même nature concerne plus spécifiquement l'organisation de l'administration d'État, elle aussi conçue et perçue comme ayant une nature hiérarchique.

Ce qui nous importe ici, c'est moins le contenu de cette théorie que ce qu'en ont fait les juristes héritiers de Hans Kelsen ; ce qui nous offre une illustration du processus de mythification d'un des principes fondateurs chez les juristes aujourd'hui. En effet, nous verrons que, bien que l'équilibre logique concernant l'institution de la norme "*fondamentale*" mais néanmoins "*hypothétique*" soit précaire, cela n'a pas empêché la montée en puissance de ce mythe. A la limite, bien au contraire. Avant cela, demandons-nous si des juristes contemporains de Hans Kelsen ont "résisté" à la pyramide.

⁶⁵ ROULAND Norbert, *Aux confins du droit*, Paris : Odile Jacob, coll. sciences humaines, 1991, 318p, p. 297.

⁶⁶ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 3, p. 40.

⁶⁷ Norbert Rouland pousse la critique jusqu'à parler de "*mystérieuse norme fondamentale*", *Aux confins du droit*, op. cit. 65, p. 297.

⁶⁸ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris : Dalloz, 2^e éd. trad. Charles Eisenmann, 1962, p. 299.

2) La force du mythe

Notre souci dans l'étude des mythes juridiques est le processus par lequel ils sont devenus – à tort ou à raison, là n'est pas notre question – la pierre angulaire du système juridique dans les représentations de la plupart des juristes et de leurs étudiants. Deux questions se posent : pourquoi cette fascination et quels sont les facteurs juridico-culturels qui ont contribué à son émergence puis à son développement dans la communauté des juristes ? Les mécanismes de fonctionnement du mythe sont intéressants⁶⁹, mais la véritable question est de s'interroger sur le pourquoi du mythe. Quels sont les intérêts et les motivations des mythes ? Pourquoi en droit, et dans tout autre domaine, le besoin se fait ressentir d'y croire et de les maintenir vivants ? En d'autres termes, pourquoi ces mythologies semblent nécessaires et à quoi pourraient-elles servir ?

Pour Roland Barthes, la motivation du mythe n'est pas primordiale. *"La motivation est fatale. Elle n'en est pas moins très fragmentaire. D'abord, elle n'est pas "naturelle" : c'est l'histoire qui fournit à la forme ses analogies."*⁷⁰ Dans le champ juridique, certains ont suggéré, pour aussitôt reconnaître que cela ne suffisait pas à expliquer le mythe, une certaine *"tendance à refuser de changer de référence, une propension marquée à la paresse intellectuelle et au conservatisme"* ou encore que le mythe juridique soit une machination comme *"un instrument de domination au service d'une unique catégorie sociale."*⁷¹ Même si on peut constater la première tendance à un moment ou à un autre dans tous les champs de la pensée, elle n'est pas spécifique au monde des juristes ; quant à l'hypothèse d'une *"machination"*, nous savons l'influence sociale et politique que peuvent jouer les juristes ; cependant, l'origine des mythes étant si indéterminée, se prononcer catégoriquement dans ce sens est difficile. Pourtant, le rôle d'alibi attribué au mythe par Christian Atias attire l'attention. L'existence d'un mythe autour de tel ou tel principe juridique permet, de manière inconsciente, d'éluder des questions, devenues impensables car perdues dans les méandres du mythe. Pour cet auteur qui tente une théorie des mythes juridiques, leur fonction essentielle consiste ainsi *"à rendre possible l'affirmation de la positivité du droit."*⁷² Certains

⁶⁹ Le propre du mythe est de transformer un sens en forme. Le sens du mythe consiste en effet à n'être jamais là où on l'attend, en raison du caractère de duplicité de sa structure ; le sens et la forme ne sont pas contradiction, ni en conflit parce que *"le mythe est une parole volée et rendue. Seulement la parole que l'on rapporte n'est plus tout à fait celle que l'on a dérobée : en la rapportant, on ne l'a pas exactement remise en place. C'est ce bref larcin, ce moment furtif d'un trucage, qui constitue l'aspect transi de la parole mythique."* C'est pourquoi le mythe n'est pas le réel mais une certaine connaissance du réel. BARTHES Roland, *Mythologies*, op. cit. note 1, p. 211.

⁷⁰ BARTHES Roland, *Mythologies*, op. cit. note 1, p. 212-213.

⁷¹ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 3, p. 266-267.

⁷² ATIAS Christian, *ibidem*, p. 252.

effets ou utilisations du mythe sont constatés. Il est un moyen de reconnaissance à l'intérieur d'une communauté qui s'identifie et se singularise par son langage.

A l'approche du centenaire du Code civil, au tournant des 19^e et 20^e siècles, certaines voix se sont élevées pour discuter le postulat de "*la plénitude de la législation écrite*" comme le fit François GénY. Celui-ci, dans le cadre de la libre recherche scientifique, dit prendre ses distances par rapport à la suprématie du législateur et aux méthodes traditionnelles, notamment "*à l'abus de la logique [qui] a conduit à la stagnation du droit. Il s'agit de satisfaire au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale. (...) Le juge doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées que seraient celles du législateur s'il se proposait de régler la question.*"⁷³ Malgré son état d'esprit critique vis-à-vis du positivisme juridique, François GénY ne se détache pas d'une interprétation rigoureuse des différentes sources du droit : "*GénY est assez lucide, assez moderne, dirions-nous, pour se passer du législateur historique dont il perçoit bien les insuffisances ; mais c'est pour restaurer, sur un terrain beaucoup plus solide (qui peut se réclamer notamment de la justice et de l'utilité sociale), l'emprise du Pontife unifiant toutes les solutions dans le moule contraignant de sa sagesse.*"⁷⁴ On voit ainsi, par cet exemple, que le contexte ne se prêtait pas à, ni ne permettait finalement, une rupture radicale. Le poids de la tradition juridique, que François GénY appelle la "tunique de Nessus", l'a également empêché de sortir de la pyramide. Cela apparaît d'autant plus intrigant lorsqu'on se penche sur le contenu de la proposition de Hans Kelsen.

B : Mythe du positivisme juridique

Ici, il s'agit de rentrer dans les détails du discours du positivisme juridique, en tentant de démystifier la théorie fondatrice de cette conception juridique, à savoir les propositions de Hans Kelsen, notamment en pointant d'une part ses propres doutes, puis les déformations qui ont suivi. La formule relative au "binôme" de Pierre Legendre nous semble particulièrement bien refléter par sa simplicité et son évidence même, que, chez les juristes français, droit et État sont quasiment indissociables. Différentes positions et démonstrations de Kelsen nous posent question quant au caractère opératoire de sa théorie. La principale repose sur le décalage qui semble exister entre ce qu'il se propose de faire et ce qu'il démontre véritablement. En d'autres

⁷³ GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, (1899), p. 148 et 77, cité par LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, 590p, p. 234.

⁷⁴ LENOBLE Jacques et OST François, *ibidem*, p. 242-243.

termes, il nous propose une construction qui se veut libérée de toute morale, de tout subjectivisme : la plus rationnelle et objective possible. C'est une proposition à laquelle a abouti la pensée occidentale, par un cheminement dont nous avons tenté de rapporter certains éléments. Tout en proclamant un souci d'objectivation absolue de l'ordre juridique, il ne s'est pas départi du contexte intellectuel de son époque. Nous voyons bien les conséquences que peut avoir une telle éventualité : est-ce à dire que le positivisme juridique d'aujourd'hui reposerait sur une théorie qui finalement était très imprégnée de morale et de droit naturel ? Pour répondre à cette question, nous adopterons un regard large sur le décalage entre les intentions affichées et le contenu du résultat, décalage dont il faut dire qu'il avait été pressenti par Kelsen lui-même (1) ; puis, nous essaierons d'établir les éléments qui relèvent du droit naturel ou d'une vision moralisante du droit (2).

1) L'objet de la science du droit

L'objectif de Kelsen est de proposer une théorie juridique universelle ; relevant d'une science juridique descriptive, donc selon lui objective, elle serait applicable à tous les ordres juridiques positifs. *"Ceci, toutefois, ne peut constituer qu'une "pure" illusion dans la mesure où la science du droit condamnée ici par Kelsen à n'être qu'une version de la dogmatique juridique (doctrine) fait de la politique juridique sans vouloir l'admettre."*⁷⁵ Dans le même sens, doivent être distinguées *"l'idée selon laquelle le droit est un système cohérent et complet et l'idée selon laquelle le droit pourrait être un système cohérent et complet."*⁷⁶ La première est un postulat illusoire, la seconde, une position qui relève du souhait et du "tendre vers". Les deux propositions ont leur raison d'être dans le monde des pensées, à condition que la nature et l'intention des discours soient explicitées et distinguées, ce qui n'est pas toujours le cas. A l'époque de la *Théorie*, la critique émanant de Carl Schmitt porte justement sur la primauté du droit qu'attribue Kelsen par rapport au politique, respectivement *Sollen* et *Sein* dans le vocabulaire "kelseno-kantien". *"Une loi ne peut s'appliquer, s'utiliser ou s'exécuter elle-même, elle ne peut s'interpréter elle-même ni se définir, ni même sanctionner."*⁷⁷ Elle ne peut pas être indépendante d'une décision politique qui la valide et la rend effective. Finalement, le principal point d'achoppement est d'avoir déclaré une intention qui ne se révèle pas tenue dans le développement de la *Théorie*.

⁷⁵ BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, 328p, p. 159-161.

⁷⁶ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, op. cit. note 73, p. 240

⁷⁷ SCHMITT Carl, *Les trois types de pensée juridique*, Paris : PUF, 1995 (1^{er} éd. 1934), 115p, p. 74.

Plus tard, les thèmes de l'illusion et de la fiction sont repris par les auteurs qui, commentant l'apport d'Hans Kelsen, soulignent les hésitations de l'auteur sur sa propre théorie, qui doute, par exemple, du caractère univoque d'interprétation des normes. *"Totalelement isolé dans la théorie kelsenienne, ce chapitre sur l'interprétation manifeste en vérité l'embarras de Kelsen qui, ayant dénoncé une fiction, n'a pas su en découvrir la signification, ni n'a su tirer les conséquences de son analyse. (...) L'image que l'on prétend donner des normes juridiques – des normes univoques – est peut-être fausse. (...) Par ses analyses, il débusque une autre logique que la logique unitaire. Mais il ne pouvait guère l'intégrer à ses analyses. Il ne pouvait guère à la fois affirmer l'unité complète et absolue du système d'engendrement des normes, fonder l'ordre normatif tout entier sur une Grundnorm qui commanderait à l'ensemble du processus de formation du droit et rendrait compte de l'unicité absolue du système, et simultanément, tirer toutes les conséquences de la fiction de l'univocité des normes juridiques. C'eût été reconnaître l'existence de logiques différentes à l'œuvre dans les systèmes de droit, admettre que la logique unitaire sur laquelle Kelsen fonde toutes ses analyses de la statique et de la dynamique de droit, peut se trouver démentie par le recours à une autre logique que celle de l'unité. (...) Il existe donc – semble-t-il – deux logiques de l'interprétation et, au-delà, deux logiques des systèmes de droit. Kelsen en a eu l'intuition, mais n'est pas allé au bout de ses intuitions."*⁷⁸ Paradoxalement, cette intuition qu'il a eue mais n'a pas développée, le rapproche pour certains auteurs des conceptions réalistes anti-formalistes américaines du droit du début du 19^e siècle⁷⁹. En revanche, à propos de la norme fondamentale, l'ambiguïté garde toute son amplitude.

2) L'ambiguïté de la Théorie de Kelsen

La question de l'imprégnation de droit naturel et de morale dans la pensée de Kelsen est liée à l'influence qu'a eu sur lui le kantisme. Il s'en réclame pour appuyer sa recherche de rationalisation. *"La théorie pure du droit de Hans Kelsen est pure parce qu'elle est "épurée de toute idéologie politique et de tous éléments ressortissant aux sciences de la nature" ; elle est purifiée de toute composante morale – morale et droit évoluant dans deux sphères parfaitement*

⁷⁸ TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, op. cit. note 47, p. 100-110.

⁷⁹ *"Dans la dernière période, alors qu'il séjournait aux États-Unis, Kelsen a profondément modifié sa conception. Désormais, la juridicité, cet élément idéal constitutif de la norme juridique, ne fera plus partie de la définition de celle-ci. La norme juridique en tant qu'acte de volonté adressé à quelqu'un afin d'obtenir de celui-ci le comportement souhaité, sera un fait. En ce sens alors la norme ne se détache pas de l'acte qui la crée ou qui l'applique. La science du droit aura pour tâche d'observer les faits de création et d'application des normes juridiques. Ceci n'est pas sans conséquence pour la science du droit. Désormais, aucune relation logique ne peut exister entre les normes en tant que produits des actes de volonté puisque les relations logiques n'existent qu'entre les propositions linguistiques et non pas entre les faits."* BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. note 75, p. 162-163.

distinctes —, et de toute considération de fait ; la coupure radicale de l'être et du devoir-être est l'une des caractéristiques du normativisme kelsénien. Le kantisme affiché par Kelsen est pourtant discutable."⁸⁰

A cette remarque, un deuxième élément peut être apporté qui conduit à se demander si Emmanuel Kant ne serait pas lui-même encore très influencé par l'esprit du droit naturel. Son intention était d'établir une rupture avec l'école du droit naturel, ce qu'il a fait, en construisant une théorie du droit a priori. En effet, sa théorie se veut purement rationnelle, mais l'est-elle vraiment ? Ce n'est pas si certain dans la mesure où il intègre la morale dans son explication du droit. *"Il traite du droit en moraliste."*⁸¹ Qu'il ait eu cette vision n'est pas si extraordinaire dans la mesure où *"il est habituel d'accuser la philosophie de l'idéalisme allemand, dont nous portons encore l'empreinte, d'être un sous-produit de la théologie, et je pense que la philosophie d'un Kelsen a les mêmes racines. Si l'on remonte aux origines, qui sont médiévales, on a la clé du phénomène : la philosophie juridique de l'Europe moderne est sortie de la théologie. (...) Les théologiens, investis durant le Moyen âge de la charge de contrôler la totalité du savoir, ne surent penser le droit qu'à travers la loi religieuse, qui seule leur était familière ; la doctrine porte la trace de ces malentendus et nous-mêmes n'avons pas fini d'en supporter les conséquences."*⁸²

Le même problème se pose en effet pour Kelsen. Il fonde la norme fondamentale de sa construction sur *"une hypothèse logique-transcendantale"*. Ce que Paul Amselek critique d'une manière acerbe, considérant cette conception de l'ordre juridique comme *"très irréaliste et très obscure"*, pour finalement conclure que Kelsen a été *"victime de certaines réminiscences jusnaturalistes."*⁸³ Dans sa réponse à Paul Amselek, Michel Troper réfute ses propositions qu'il considère comme une *"accusation décisive et infamante"*⁸⁴. Ce qui est étonnant : comment reprocher à Kelsen des attitudes dont il ne pouvait, dans le contexte idéologique de l'époque, se détacher ? En fait, ce que Michel Troper perçoit comme une critique nous semble être seulement un constat. Cette attraction inconsciente vers un raisonnement juridique spécifique relève de la puissance du mythe. Kant et Kelsen n'ont pu se départir de la tradition juridique dont ils étaient

⁸⁰ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 3, p. 40.

⁸¹ VILLEY Michel, préface critique de KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, op. cit. note 28, p. 17.

⁸² VILLEY Michel, *Critique de la pensée juridique moderne (12 autres essais)*, Paris : Dalloz, Philosophie du droit n° 16, 1976, 274p, p. 20-22.

⁸³ AMSELEK Paul, "Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique", *Revue de droit public*, 1978, 6, p. 5-19, p. 13 et 18.

⁸⁴ TROPER Michel, "La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek", *Revue du droit public*, 1978, 6, p. 523-536, p. 534.

imprégnés. De ce fait, tout en proclamant l'intention de prendre leur distance avec la religion, la morale et le droit naturel pour fonder la légitimité du droit, ils continuent de raisonner selon ces schémas de pensées. Ce n'est pas surprenant dans la mesure où la puissance du mythe est capable de faire écran et de "brouiller" la vue. Il est difficile de cerner le mythe, d'avoir conscience de sa présence dans les représentations collectives, mais une fois sa détection établie, l'interprétation et la lecture du mythe posent également question.

Déconstruction mythologique, l'impossible critique du mythe ?

Il est important d'expliquer en quoi importe cette dé-mythification. Il ne s'agit pas de supprimer ces mythes. Cette phase de déconstruction, disons plutôt de démystification, est destinée à les mettre en lumière. Pour cela, plusieurs attitudes sont possibles, mais parmi toutes celles-ci, il est impossible de démonter le contenu du mythe : la grande résistance du mythe pourrait-elle tendre à attester son utilité ? Roland Barthes distingue trois acteurs dans la vie des mythologies. Le producteur du mythe d'une part, celui qui le déchiffre et "*comprend une déformation*" d'autre part (c'est le "*mythologue*", catégorie dont fait partie Roland Barthes), et enfin, le lecteur du mythe. "*Les deux premières accommodations sont d'ordre statique et analytique ; elles détruisent le mythe, soit en affichant son intention, soit en le démasquant : la première est cynique, la seconde démystifiante. La troisième accommodation est dynamique, elle consomme le mythe selon les fins de sa structure : le lecteur vit le mythe à la façon d'une histoire à la fois vraie et irréaliste.*"⁸⁵ C'est cette dernière version des attitudes possibles qui attire le plus notre attention parce qu'elle prend en compte le caractère double du mythe : une connaissance déformée, mais une connaissance qui nous éclaire néanmoins sur la réalité du monde et sur sa perception humaine, et parce que, "*c'est le lecteur du mythe lui-même qui doit en révéler la fonction essentielle.*"⁸⁶ Le pallier de la conscience ne suffisant pas, il est nécessaire d'adopter une attitude plus active. Quelle peut-elle être, sinon la discussion et le démontage ?

Une première attitude consiste à se jouer du mythe en opérant des substitutions. Ce procédé a été l'un de ceux utilisés dans la construction étatique. Les montages ont feint de remplacer les représentations de l'univers chrétien. Or, nous avons vu qu'il n'en est rien et qu'en définitive "*l'institutionnel chrétien a nettoyé le terrain mythologique, qu'il occupe pour son propre*

⁸⁵ BARTHES Roland, *Mythologies*, op. cit. note 1, p. 215.

⁸⁶ BARTHES Roland, *ibidem*, p. 215.

compte."⁸⁷ Ainsi, même si la démystification semblait judicieuse de prime abord, "[il] apparaît donc extrêmement difficile de réduire le mythe de l'intérieur, car ce mouvement même que l'on fait pour s'en dégager, le voilà qui devient à son tour proie du mythe : le mythe peut toujours en dernière instance signifier la résistance qu'on lui oppose. A vrai dire, la meilleure arme contre le mythe, c'est peut-être de le mythifier à son tour, c'est de produire un mythe artificiel : et ce mythe reconstitué sera une véritable mythologie. Puisque le mythe vole du langage, pourquoi ne pas voler le mythe ? Il suffira pour cela d'en faire lui-même le point de départ d'une troisième chaîne sémiologique."⁸⁸ Pour nous, tout l'enjeu consiste à tenter d'appliquer cette attitude, qui nous semble astucieuse, à nos propres centres d'intérêt. Se pose alors la question de déterminer précisément quels concepts font l'objet de mythe dans notre propos. Pour l'heure, nous établissons sans grande difficulté que ce qui va monopoliser notre attention est centré justement sur des paires de concepts indissociables qui peuvent tour à tour être objet du mythe : unité et diversité, "modernité" et tradition – avec tous les critiques associées au terme de modernité –, écrit et oralité... Le mythe de l'unité juridique est en dialogue permanent avec les phénomènes du pluralisme juridique qui lui répond sous forme d'une nouvelle mythologie.

La difficulté de déconstruire le mythe tient paradoxalement à l'incertitude même de son fondement. *"Il est bien difficile de reprocher à celui qui les invoque d'en méconnaître le sens. Non seulement, ce qui se conçoit mal s'applique aisément, reste en mémoire sous forme approximative et acquiert sans cesse plus de poids au fur et à mesure de ses applications multipliées, mais l'infirmité en est entravée. Il y a "quelque chose de vrai" dans ces formules vagues ; et nul ne se préoccupe d'y faire la part du faux."*⁸⁹ Le processus inverse peut même s'opérer puisque démontrer ce qui ne paraît pas cohérent et incompatible, historiquement ou juridiquement, a très peu de chance de déstabiliser un mythe juridique. Pourtant, c'est ce à quoi nous allons tenter de nous atteler en soulignant un autre mythe qui est partie prenante de la culture juridique occidentale, axée sur la rationalité. *"Le droit décrit comme édifice cohérent, complet et achevé (même s'il est susceptible de quelques améliorations par aménagement interne) constitue l'une des manifestations occidentales du phénomène juridique."*⁹⁰ Cette représentation du droit semble venir de loin et être le reflet d'une réalité juridique qui aurait de tout temps adopté ces caractères d'unité. Son lent cheminement a finalement fini par faire oublier et occulter qu'il n'en a pas toujours été ainsi et que, là encore, le processus de rédaction, outil de

⁸⁷ LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu*, op. cit. note 7, p. 161.

⁸⁸ BARTHES Roland, *Mythologies*, op. cit. note 1, p. 222.

⁸⁹ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 3, p. 285.

⁹⁰ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique...", art. cit. note 46, p. 88.

l'unification, a été difficilement mis en œuvre. A tel point qu'il est envisageable de se demander si ce procédé volontariste et tout compte fait artificiel, tendant à l'unité, n'est pas susceptible de devenir archaïque et inutilisable. La rationalité s'exprime par deux traits principaux : l'unité et la transcription du droit sont deux éléments observables dans les différents discours juridiques. Dans le discours majoritaire, ces deux éléments ont fini par atteindre un niveau d'évidence tel qu'ils ne font pas nécessairement l'objet de discussion. Et pourtant, comme nous allons le voir dans notre deuxième section, unité et transcription du droit sont le résultat d'un processus qui n'est pas allé de soi.

Section 2 : Du pluralisme à la codification du droit

Il est nécessaire d'étudier la construction de l'image unitaire du droit. Le mythe de l'unité relève d'une des caractéristiques attribuées au droit dans ses représentations : il n'est pas un facteur de l'émergence d'une culture juridique mais une de ses caractéristiques. Ainsi, d'un point de vue logique, la "*fiction unitaire*"¹ serait plus une conséquence des représentations qu'une cause. Les processus d'unification traduisent des représentations du droit qui ont des conséquences sur les façons d'envisager le monde. Le droit y est conçu comme une construction qui se doit d'être unitaire. Quelles sont les influences et les instruments de ce processus, et les mécanismes d'unification du droit ? Un paradoxe concerne ce processus d'unité du droit : la puissance du mythe de l'unité, devenue un des mythes juridiques, est un processus qui s'est mis en place lentement et avec des résistances. Notre intention est justement de présenter cette difficile unité juridique selon deux points de vue : celui de l'élaboration technique du droit et celui de la construction mythologique de certains concepts ou croyances juridiques : une approche juridique classique, suivi d'une lecture anthropologique. Sur un même objet, deux discours.

Concrètement, l'unification du droit s'est traduite, en France, par une politique d'appropriation des coutumes considérées dans leur forme originelle puis fondues dans un même ensemble, le Code civil. La question de l'unité du droit pose deux questions distinctes : la première concerne le processus d'unification législative au moment de la codification des coutumes qui a abouti au Code civil ; la seconde s'intéresse aux représentations relatives à ce besoin d'unité dans le droit. S'attarder sur les sources du droit médiéval a pour objectif de démythifier l'idée de l'unicité du droit occidental. Ce mythe existe. L'objet n'est pas de porter un jugement de valeur sur cette représentation du droit qui doit être prise comme un fait qui a des conséquences sur les manières de comprendre et d'appliquer le droit. Il s'agit plutôt de mettre en évidence que la réalité du droit a longtemps été plurielle pour ensuite, essayer de comprendre les mécanismes de pensée qui ont abouti à une conception unitaire du droit et de présenter le contexte d'émergence de ce que l'on a nommé "la culture juridique". Après avoir délimité les principales sources du droit à cette

¹ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, 496p, p. 81. Concernant la méthode et l'état d'esprit adoptés pour présenter le droit à l'époque médiévale, il nous semble que cerner les motivations et les structures mentales des générations de juristes précédentes relève de la même démarche que celle que nous devrions employer pour comprendre les cultures juridiques actuelles différentes de la nôtre. En d'autres termes, la distance, qu'elle soit temporelle ou spatiale, est aussi grande, et les précautions doivent être de même nature, pour se protéger autant que possible des pièges de la reconstruction a posteriori dans le cas d'une distance temporelle, et de comparaison avec des catégories juridiques inadaptées, hors de propos dans le contexte d'une distance spatiale.

époque, pour souligner le pluralisme juridique qui existait en France (§ 1), on s'attardera sur les mouvements de rédaction et de codification qui ont accompagné l'unification formelle du droit (§ 2).

§ 1 : Le mythe de l'unité : du pluralisme à l'unification du droit

*"L'histoire du droit privé français place ce thème de l'unité au centre des grands mouvements qu'elle scande. L'ancien droit se serait battu pour l'unité contre la diversité des coutumes, bientôt ressentie comme irrationnelle. Le rêve se serait changé en mythe lorsque les contemporains du Code civil auraient paru croire qu'il était le droit civil et le contenait tout entier."*² En commentant les caractéristiques des sources, nous identifierons aussi les producteurs juridiques. Aborder la situation juridique médiévale sous le double angle des sources et de leurs producteurs nous conduit à répondre à une double série de questions : l'une s'attache à la nature de la source elle-même ; l'autre série de questions, dans la continuité de nos développements sur la diversité des juristes, concerne l'émergence d'un groupe particulier d'acteurs sociaux qui produisent le droit. Avant que le droit romain ne soit introduit au royaume de France, la coutume était la source principale du droit. Reste à définir sa nature, le ressort et les modalités de son application ; pour ensuite montrer comment sa relation avec le droit romain pourrait suggérer le lien étroit qu'elle a finalement entretenu avec la nouvelle façon de percevoir et surtout d'écrire le droit.

On verra que si l'introduction du droit romain a eu un impact essentiel sur les représentations du droit, surtout auprès des juristes, les coutumes se sont maintenues dans les pratiques quotidiennes des populations. Traiter de la coutume nous paraît nécessaire. Elle est un des éléments essentiels de nos développements, notamment en ce qui concerne les questions relatives au rapport entre légalité et légitimité du droit car la coutume a une forte présomption de légitimité : *"... l'on voit en elle, souvent fort justement, l'expression parfaite d'un droit accepté et non imposé, d'un droit né du consentement de tous, non de la volonté d'un seul. Reflet d'une communauté, d'une mentalité, on la dresse volontiers comme le symbole d'un âge d'or juridique."*³ Cependant, cette présentation idéalisée est à nuancer : la coutume prétendument populaire est le plus souvent imposée finalement par le groupe social dominant. Même si la période médiévale est le cadre

² ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1999, 349p, p. 255.

³ ASSIER-ANDRIEU Louis, GAZZANIGA Jean-Louis, "A propos de la coutume en domaine français", *Droit et cultures*, 1983, n° 5, p. 5-15, p. 5.

d'une "lente transformation des rapports de force en rapports de droit"⁴, au moment où nous commençons l'étude des phénomènes coutumiers, c'est encore la violence qui prime le droit. Dans ce passage sur la nature du droit avant la codification, nous montrerons comment est perçu le phénomène coutumier que les juristes de l'époque cherchent à théoriser (A). Le constat d'une géographie coutumière puis la reconnaissance d'une frontière par le pouvoir royal sont bâtis sur une reconstruction de la réalité juridique que nous chercherons à nuancer, c'est-à-dire en faisant état d'une réalité plus complexe (B).

A : Du prétendu "vide juridique" à la production des coutumes

Avant le 10^e siècle, et donc avant la première renaissance du droit romain du 12^e siècle, les coutumes forment l'essentiel du droit. La période précédant le 12^e siècle est parfois perçue et décrite comme un "vide juridique". Le vide concerne surtout la quantité et la qualité des connaissances sur les usages juridiques de cette époque. Les traces écrites sont peu nombreuses : le droit royal connaît une "éclipse prolongée, conséquence naturelle de l'affaiblissement de la royauté"⁵ à la fin de l'Empire carolingien. Jean-Marie Carbasse date précisément cette période où l'activité législative du roi disparaît : "le dernier capitulaire carolingien est de 884, le premier "établissement"⁶ capétien de 1144 – entre ces deux dates, le rex Francorum n'est plus une source du droit."⁷ La législation royale ne réapparaît qu'au milieu du 12^e siècle. Pendant cette période, l'essentiel du droit était donc oral. "L'absence de témoignages écrits suffisamment significatifs sur son application et, par conséquent sur son contenu, demeure. La vie du droit n'a pas cessé, elle échappe seulement en grande partie à nos regards."⁸ "Vide de droit" ne signifie pas non-droit. Les coutumes connaissent une importante mutation en raison des changements sociaux, notamment concernant la mobilité des populations (1). Les juristes sont nécessairement amenés à s'interroger sur la nature des coutumes (2), d'autant que le pouvoir royal tient à maintenir, voire renforcer, son rôle conservatoire dans la reconnaissance des coutumes (3).

⁴ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 233-250, p. 235.

⁵ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris : CNRS, 1992 (1^e éd. 1948 chez Montchrétien), 763p, p. 110.

⁶ L'établissement est une loi générale prise pour régir une situation nouvelle que la coutume ne prévoit pas. "Lois générales, qui doivent demeurer "stables à toujours" d'où l'expression d'établissement, stabilimentum." OLIVIER-MARTIN François, *ibidem*, p. 119.

⁷ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution", *Droits*, 1986, n° 3, p. 25-37, p. 26.

⁸ BART Jean, *Histoire du droit privé de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris : Montchrétien, 1998, 534p, p. 108.

1) Lois personnelles et territoriales, théorie des statuts

Les coutumes sont encore personnelles et s'appliquent aux différents groupes installés sur le territoire de l'Empire romain. Au tournant de l'an 1000, les populations se sédentarisent : les coutumes s'appliquent, non plus à un groupe, mais à un territoire donné. L'ancrage des coutumes à la terre se traduit dans les textes par un changement d'énoncé. Par exemple, à propos des usages des Burgondes ou Bourguignons, l'expression *mos Burgundiorum* est remplacée au 11^e siècle par *mos in Burgundia* : "la règle de droit s'est alors fixée au sol, elle a pris racine dans la terre."⁹ Nous retrouvons ici le lien étroit existant entre norme et territoire, contenu dans le *nomos*.

La disparition du principe de personnalité des coutumes est la conséquence des mélanges des groupes d'origines diverses. Pour André Gouron, la territorialisation des coutumes ne se fait qu'à partir du 12^e siècle : avant, les coutumes sont un droit applicable à l'échelle de la famille. Il associe directement ce mouvement au nouveau courant de pensée que connaît le droit à cette époque. "*La grande nouveauté du XII^e siècle finissant tient à la reconnaissance d'une assise géographique à la coutume. Un tel saut qualitatif suppose une conceptualisation de cette même coutume : à n'en pas douter, seul un corps de doctrine a pu fournir l'impulsion, et ce corps a été fourni par les droits dits savants.*"¹⁰ La territorialisation s'explique car les populations attribuent un statut particulier à la terre, pour bénéficier de sa stabilité. Ce statut est souvent celui de la loi personnelle du premier occupant. Puis, cette loi, étant donné la permanence de la terre, devient la loi de référence applicable. Ce procédé a pour principal atout de supprimer les conflits entre personnes régies par des lois personnelles différentes, sur un même territoire. Si sur un même territoire, la question des différences de coutumes était résolue, restaient les situations où les lois des territoires étaient différentes. Dans ce cas, le principe de territorialité absolue des coutumes avait des désavantages pour définir le statut des personnes ; ce statut pouvait se voir modifié selon l'endroit où la personne avait recours au droit.

La théorie des statuts, systématisée par le romaniste Bartole au 14^e siècle, tente de remédier à ce genre de situation. Cette théorie propose de maintenir le principe de territorialité des coutumes pour les biens réels. Les biens immobiliers sont localisés de façon permanente, la loi applicable est celle de leur situation et non celle des personnes en cause dans le litige. Pour ce qui concerne le statut des individus, les coutumes personnelles sont maintenues : la loi retenue est celle du lieu

⁹ BART Jean, *Histoire du droit privé...*, ibidem, p. 110. (Pour la traduction, "la coutume des Burgondes" devient "la coutume en pays burgonde")

¹⁰ GOURON André, "La coutume en France au Moyen Age", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 193-217, p. 203.

du domicile de l'individu qui ne change pas d'état selon ses pérégrinations : un majeur ou un incapable juridique considéré comme tel dans son *pays*, le reste où qu'il se trouve. Cette théorie a été inspirée par les enseignements tenus à l'école de droit d'Orléans¹¹ ; elle est toujours applicable aujourd'hui en droit international privé dans les situations de conflit en cas de pluralité des règles de rattachement personnel à la coutume¹².

Progressivement, la coutume, devenue territoriale, se développe dans l'espace de la seigneurie. Les seigneurs ne sont pourtant pas les créateurs du droit : ils ont un certain pouvoir en matière d'administration de la justice, mais ne se préoccupent pas de la production normative. Ce sont donc les usages qui règlent les rapports entre les individus. Ils "*s'imposent véritablement à tous les "levants et couchants de la seigneurie, mais ils ne sont évidemment valables que pour eux.*"¹³ Ce qu'on appelle "coutumes" apparaît, dans les chartes, sous le terme *consuetudines*, le plus souvent au pluriel, fréquemment dès le début du 11^e siècle, et désignent des redevances ou des prérogatives judiciaires. Ces droits d'origine publique sont peu à peu appliqués à titre privé par les seigneurs auprès des paysans. "*La distinction entre droit public et droit privé est abolie, car la coutume n'y attache aucun intérêt pratique. (...) Les prérogatives jadis attachées à la puissance publique, patrimonialisées par les seigneurs, sont conçues de la même façon qu'auraient pu l'être des droits de propriété et sont exercées en vertu de la coutume.*"¹⁴ L'ancienneté des demandes seigneuriales explique leur désignation sous le terme de coutume. Précisons que les *consuetudines* apparaissent comme étant de nature fiscale car les documents qui nous sont parvenus concernent essentiellement des chartes relatives aux transferts de propriété des seigneuries. Ces chartes sont "*des actes privés passés entre particuliers à l'occasion d'une négociation déterminée : donation, vente, échange, inféodation, etc.*"¹⁵ Quand elles sont recopiées sur des registres, le tout forme ce qu'on appelle un cartulaire. Au 12^e siècle, on observe un changement de sens du terme coutume. Les rapports collectifs et privés sont en mutation ; les groupes sociaux ou les corps de métiers sont alors de plus en plus déterminants

¹¹ L'école de droit d'Orléans devient un important centre de formation des légistes, notamment après 1219, lorsque l'enseignement du droit romain est interdit à Paris, par le pape Honorius III à la demande du roi Philippe Auguste.

¹² La distinction entre les coutumes – personnelles ou réelles – et la théorie des statuts naît de la question de l'application des coutumes au clergé. "*Les Orléanais adoptent l'idée de Jacques Balduin [professeur de Bologne] selon laquelle le clergé n'est pas lié par les statuts et coutumes des laïcs, à moins de les accepter (...). Par réaction contre cette idée, Pierre de Belleperche fait la distinction entre coutumes réelles et coutumes personnelles. Les premières lient tous ceux qui sont présents dans le ressort territorial de la coutume, donc aussi bien les laïcs que les clercs, les dernières n'engagent qu'une certaine catégorie de justiciables.*" WAELEKENS Laurent, "La théorie de la coutume à l'école de droit d'Orléans (XIII^e siècle)", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 33-39, p. 39.

¹³ CASTALDO André, *Introduction historique au droit*, Paris : Dalloz, 1998, 452p, p. 140.

¹⁴ CASTALDO André, *ibidem*, p. 141.

¹⁵ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 5, p. 115.

dans les relations juridiques. Suite à l'organisation des groupes, face aux seigneurs, et des communautés dans les villes, certains avantages dérogatoires des coutumes sont obtenus. A partir de cette époque, les coutumes désignent aussi ces exceptions concédées par les seigneurs. La coutume n'a plus seulement une acception fiscale, mais revêt plus généralement la faveur de bénéficier d'un droit différent du droit commun. La coutume peut être *"exactiones ou libertates, c'est-à-dire expression d'obligations féodales ou au contraire – mais la contrariété relève de la seule perception contemporaine et reste étrangère à la sensibilité médiévale – limitation en tout ou en partie de ces mêmes obligations."*¹⁶

Le contenu de la coutume prend tout son sens lorsque les coutumes s'individualisent les unes par rapport aux autres et que *"ceux qui sont régis par elles prennent conscience de son existence."*¹⁷ Cette prise de conscience peut se faire par rapport à d'autres systèmes coutumiers applicables dans les régions voisines et par la comparaison avec un système de droit d'une autre nature tel que le droit romain, introduit en France au 12^e siècle. La conscience que sa propre coutume est différente du *"pays"* voisin est envisageable, d'autant que la coutume est un phénomène qui *"se lit d'abord à l'échelle locale."*¹⁸ En revanche, il paraît moins évident qu'il existe une réelle conscience du choix des usages adoptés comme coutumes. Pourquoi telle pratique est-elle retenue, et telle autre rejetée ? André Castaldo parle à juste titre d'un *"choix inconscient"* parmi toutes les règles anciennes, choix influencé par *"l'origine ethnique de la majorité de la population, conjuguée à des facteurs géographiques, économiques."*¹⁹ Si on peut douter de la conscience dans le choix de tel ou tel usage spécifique, *"la coutume prouve tout au moins l'existence d'une conscience juridique dont doit tenir compte toute théorie du droit."*²⁰ Les juristes médiévaux ont perçu la puissance coutumière dans les pratiques des populations et dans un souci de théorisation, ils ont été amenés à lui trouver des caractères la distinguant du droit émanant de la royauté.

2) Caractères de la coutume selon les juristes médiévaux

En ce qui concerne le rôle des juristes dans la formation d'une culture juridique, les caractères de la coutume doivent s'envisager aussi bien du point de vue des auteurs d'aujourd'hui que du point

¹⁶ GOURON André, "La coutume en France au Moyen Age", art. cit. note 10, p. 200.

¹⁷ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier...", art. cit. note 7, p. 30.

¹⁸ GOURON André, "La coutume en France au Moyen Age", art. cit. note 10, p. 200.

¹⁹ CASTALDO André, *Introduction historique au droit*, op. cit. note 13, p. 139.

²⁰ OURLIAC Paul, "Réflexions sur l'origine de la coutume", OURLIAC Paul, *Les pays de Garonne vers l'an mil. La société et le droit. Recueil d'études*, Toulouse : Edition Privat, 1993, 296p, p. 273.

de vue des conceptions des juristes médiévaux dans la mesure où les sources le permettent. Le lien entre usage et coutume peut se définir comme le passage d'une habitude au rang de droit. La coutume est un usage qui se répète. Il faut imaginer un juste équilibre entre sa souplesse qui permet une facile adaptation, en cas de perte d'un usage, et une forte emprise dans les mentalités et les pratiques des populations. Si la souplesse des coutumes est un atout, en pratique, elle s'avère être une faiblesse quand il faut les prouver. La combinaison de la diversité et de la souplesse des coutumes a rendu difficile leur connaissance et donc leur application : pour cette raison, la question de la preuve des coutumes sera l'une des questions centrales de la théorie coutumière du 12^e siècle qui s'attache à déterminer les moyens de preuve non pas d'un fait mais du droit lui-même.

Les juristes du 13^e siècle élaborent une doctrine de la coutume, doctrine qui distingue l'accoutumance, l'usage, et enfin la coutume. Chacune de ces notions n'a pas la même incidence juridique. La première n'en a aucune tandis que les deux dernières ont, pour Pierre de Belleperche, un lien de cause à effet : "*L'usage est de fait et la coutume de droit.*"²¹ L'explication est insuffisante pour définir la cause de la coutume dont le véritable fondement réside dans le consentement des populations ; le consentement est tacite, à la différence de la loi où ce consentement est formel. Les caractères du consentement, éclairé ou non par la raison, déterminent la "qualité" de la coutume, bonne ou mauvaise. Pour les juristes de Bologne et d'Orléans, le critère principal étant le consentement populaire, il n'est même pas nécessaire que la coutume soit rationnelle. "*L'évaluation de la ratio d'une coutume ne peut amener l'annulation de la norme.*"²² La règle de la rationalité est le fait des canonistes, considérés comme "*les premiers vrais théoriciens de la coutume*"²³. Ils ajoutent d'autres critères qui diminuent la facilité d'adaptation des coutumes, par exemple en intégrant aussi la notion de bonnes ou mauvaises coutumes. Cette construction juridique instaure une hiérarchie entre les normes. Pour qu'un usage s'élève au rang de coutume à part entière, il doit être "*louable, raisonnable, en accord avec les bonnes mœurs, le droit naturel et le droit divin. (...) Les canonistes estiment qu'il faut dix ans pour faire une coutume conforme à la loi, quarante pour une coutume contraire à la loi.*"²⁴ La question du conflit entre loi et coutume a fait l'objet de discussions, avant d'être résolue. Aucune difficulté ne se pose si la loi est postérieure à la coutume : la loi la réforme. Dans le cas d'une

²¹ GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris : Montchrétien, 1997, 369p, p. 51.

²² WAELKENS Laurent, "La théorie de la coutume à l'école de droit d'Orléans (XIII^e siècle)", art. cit. note 12, p. 37.

²³ ASSIER-ANDRIEU Louis, GAZZANIGA Jean-Louis, "A propos de la coutume...", art. cit. note 3, p. 7.

²⁴ ASSIER-ANDRIEU Louis, GAZANIGGA Jean-Louis, *ibidem*, p. 7.

coutume postérieure, "*certaines refusaient à la coutume toute possibilité de mettre la loi en échec. L'opinion commune se montra moins sévère, admettant que la coutume générale abrogeait la loi et qu'une coutume particulière pouvait parfois lui être préférée.*"²⁵ Les notions d'ordre public et d'utilité publique de la loi rentrent en ligne de compte pour déterminer la suprématie de telle ou telle norme. Le caractère écrit ou non de la coutume fait aussi l'objet d'un débat pour la définition de cette dernière.

Certains, très attachés aux formes juridiques, ne conçoivent la coutume qu'orale. C'est le cas de Placentin à Montpellier ou d'Azon qui propose cette définition : "*consuetudo est jus non scriptum moribus populi diuturnis conductum.*"²⁶. Mais cette position est discutée par la doctrine romaine qui considère que "*l'écrit n'est pas la substance de la loi.*" Pour Bartole, la question a un intérêt pratique pour comprendre le phénomène de rédaction des coutumes des villes méridionales, appelées aussi statuts. Finalement, la définition proposée par le bolonais Jacques Balduin peut être retenue : "*la coutume requiert trois éléments, le consentement du peuple, la fréquence de l'usage, la longueur du temps.*"²⁷ Cette définition est reprise dans ses grandes lignes par la suite par les autres juristes, lorsqu'au 13^e siècle, la division du royaume en pays de coutumes et pays de droit écrit est officialisée. Même si cette physionomie ne sera définitive qu'au 15^e siècle, une théorie des coutumes commence à apparaître. L'accroissement du nombre de coutumes a fait émerger l'importance de certaines questions pour les caractériser en cas de conflit. Parmi les questions à résoudre, celles des modalités de preuve de la coutume.

3) Rôle du juge et du roi dans la reconnaissance des coutumes

La coutume ne devient indiscutable qu'après avoir été constatée par le juge. Les liens entre la coutume et la jurisprudence sont étroits ; les deux phénomènes juridiques procèdent du même mouvement : "*la coutume ne s'imposant que grâce au concours des tribunaux, la jurisprudence apparaissant comme une coutume judiciaire et la règle de droit naissant dans les deux cas de la répétition des mêmes actes.*"²⁸ Le juge ne crée pas, en principe, le droit, il y est même soumis. Cependant, "*les méthodes de constatation de la coutume sont à la discrétion du juge.*"²⁹ Ce qui fait dire à Pierre-Clément Timbal qu'"il doit certes la respecter [la coutume], mais il lui

²⁵ GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit...*, op. cit. note 21, p. 53.

²⁶ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 244 (notre traduction : "*La coutume est le droit non écrit des habitudes des peuples reconduites durablement.*")

²⁷ GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit...*, op. cit. note 21, p. 52.

²⁸ TIMBAL Pierre-Clément, "Coutume et jurisprudence en France au Moyen Age", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 227-232, p. 228.

²⁹ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 5, p. 114.

appartient de l'interpréter pour l'appliquer à l'espèce qui lui est soumise et cette interprétation peut aller jusqu'au rejet d'une coutume déraisonnable et partant à l'adoption d'une règle nouvelle."³⁰ Le juge peut aussi combler les lacunes de la coutume quand celle-ci n'a pas retenu certains usages ; dans ce cas encore, la jurisprudence contribue pleinement à la construction normative médiévale. *"Une marge d'interprétation assez considérable est ainsi laissée aux jurisconsultes qui essaient de découvrir le sens des décisions et construisent après coup des théories pour en éclairer les motifs et la portée."*³¹

Pour prouver une coutume, le juge peut déclarer qu'il en a lui-même eu connaissance dans une affaire précédente, consulter ses conseillers au tribunal et ouvrir une enquête. La nature probatoire des précédents judiciaires ne fait pas immédiatement l'unanimité parmi les juristes. Nous avons déjà souligné que pour les juristes Orléanais, le consentement populaire est le critère essentiel de la coutume. Celle-ci n'a donc pas besoin de précédents pour acquérir toute sa force juridique. Ainsi, le précédent judiciaire ne devient probatoire seulement si la sentence est suivie d'une exécution, *"expression de la volonté populaire."*³²

A partir du 12^e siècle, les moyens de preuve s'affinent ; le juge peut également ouvrir une enquête pour interroger des témoins sur la réalité d'un usage lorsque le plaideur fait référence à une coutume niée par son adversaire. *"Ce système, qui assimile la preuve de la coutume aux autres preuves que tout plaideur doit administrer, s'est maintenu dans le Midi. Dans le Nord, au contraire, une méthode originale de preuve de la coutume apparaît au 12^e siècle, l'enquête par turbe (du latin turba, peuple) dans laquelle dix témoins sont interrogés, délibèrent et répondent collectivement par la voie de l'un d'entre eux. En quelque sorte, la turbe ou tourbe est un jury qui indique dans un vere dictum (verdict) ce qu'il tient pour vrai et obligatoire : les docteurs du droit savent parleront d'opinio necessitatis."*³³ Ces enquêtes sont utilisées dans le Nord pour les coutumes notoires, et non privées. La procédure est décrite dans l'ordonnance royale de 1270 et sera maintenue jusqu'au 17^e siècle. La jurisprudence n'apparaît comme une source du droit autonome qu'à la fin du Moyen Âge lorsque les recueils d'arrêts acquièrent une autorité. Certains arrêts prononcés de manière plus solennelle ont vocation à être appliqués dans toutes les

³⁰ TIMBAL Pierre-Clément, "Coutume et jurisprudence...", art. cit. note 28, p. 228.

³¹ TIMBAL Pierre-Clément, ibidem, p. 232.

³² WAELKENS Laurent, "La théorie de la coutume à l'école de droit d'Orléans (XIII^e siècle)", art. cit. note 12, p. 36.

³³ CASTALDO André, *Introduction historique au droit*, op. cit. note 13, p. 143. La non-application de ce système dans le Midi s'explique par la mise par écrit précoce des coutumes.

juridictions du ressort : ces "arrêts de règlement" proches de l'acte de loi, ne seront interdits que par le Code civil de 1804.

Quant au roi, il ne peut pas intervenir dans la formation des bonnes coutumes. *"Le principe de non-immixtion du roi dans le domaine privé est clairement formulé, à la fin du 13^e siècle, par Beaumanoir : "le roi est tenu à garder et à faire garder les coutumes – ce qui implique une attitude purement conservatoire."*³⁴ La demande de rédaction de certains usages est parfois mise à exécution par le roi pour préciser la coutume de certains groupes sociaux ou corps de métiers (nobles d'Anjou, métiers de Paris par exemple). Ces initiatives du courant du 13^e siècle sont le prélude à la rédaction officielle débutée en 1454.

Si la mise à l'écart des mauvaises coutumes ne peut être établie par le juge, c'est en revanche l'occasion pour le pouvoir royal de réaffirmer son rôle de garant du droit alors que sa fonction législative est encore sensiblement amoindrie. Dès 1051, Henri 1^{er} supprime une coutume injuste à Orléans. La distinction entre coutumes raisonnables et mauvaises coutumes, introduite en France par le droit canonique, émerge dans la pratique, à l'occasion des rapports seigneuriaux. Les mauvaises coutumes sont celles qui résultent des abus du seigneur qui exige de nouvelles prestations non justifiées et non prévues par les usages anciens. Les expressions "*exactions*" ou "*malae consuetudines*" sont alors employées. *"Cette mise sous contrôle de la coutume répond au renforcement du pouvoir royal. Elle le sert, mais n'est devenue possible que grâce à lui. Parallèlement à un mouvement où s'esquisse déjà la multiplication des coutumes "rédigées par écrits", le 13^e siècle voit s'affirmer la volonté de ne retenir que des coutumes "approuvées". C'est aussi le temps où la législation, séculière ou pontificale, prend plus d'importance. Longtemps justicier avant tout, le Prince fait de la fonction législative l'une de ses tâches essentielles. On a parfois attribué cette importance nouvelle de la législation royale à un "positivisme juridique aristotélico-thomiste".*³⁵ Ce devoir de légiférer reconnu à la fonction royale prépare la centralisation législative. Cependant, l'usage de cette fonction législative n'est qu'une amorce dans la mesure où la diversité des coutumes reste importante.

³⁴ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier...", art. cit. note 7, p. 35.

³⁵ GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit...*, op. cit. note 21, p. 52.

B : Éléments de géographie coutumière

Les coutumes sont caractérisées par leur diversité et leur précision : tout ce qui peut constituer un groupe, pays, village, famille ou corps de métiers a sa coutume. Cette diversité s'accompagne de la complexité de l'enchevêtrement des niveaux coutumiers. La coutume particulière d'un village peut être englobée par celle plus générale de la province. Les coutumes sont donc nombreuses, parfois appliquées sur de petits territoires ou *détroits*, qui coïncident souvent avec le ressort d'une justice, le rôle du juge étant important. Dans certains cas, la coutume s'applique sur un plus grand territoire, une région ou une province. La possibilité pour une coutume d'acquérir une large influence dépend du degré de puissance du pouvoir politique en place et de la volonté d'unification d'un grand personnage régional. Par exemple, la coutume de Normandie est très tôt structurée, dès le 11^e siècle, en raison de la précocité et la solidité des structures politiques du duché. En revanche, la situation des coutumes en Ile-de-France est plus complexe : elles sont très nombreuses, leur ressort territorial est étroit, ceci en raison de l'imbrication des différentes châtelainies et seigneuries dont la force empêche l'instauration d'un pouvoir royal fort à cette époque. La diversité des coutumes ne signifie pas qu'une certaine *"parenté juridique reposant sur une communauté d'inspiration"*³⁶ ne soit pas néanmoins présente entre coutumes voisines. Ce qui explique la naissance progressive de ce qu'on a appelé "la géographie coutumière" qui présente les différentes coutumes du royaume selon des familles juridiques, distinguées selon une frontière médiane partageant le pays en deux parties (1). Cette présentation, pour intéressante qu'elle soit pour la connaissance des pratiques juridiques régionales, ne doit cependant pas être caricaturée, comme nous le verrons en observant la diversité et la complexité existantes de part et d'autre de cette frontière (2) qui illustrent le phénomène de majoration du droit au cours des 12^e et 13^e siècles (3).

1) Frontière imprécise entre pays de coutumes et pays de droit écrit

Assimilant abusivement le droit romain au droit écrit, il est courant de lire que le Nord du royaume est régi par les coutumes, et le Midi par le droit écrit, savant ou romain. La distinction, commode, entre pays de droit écrit et pays de coutumes doit être nuancée. Elle n'est recevable, dans son ensemble, qu'à la condition de préciser la chronologie et le contenu des notions. Certains éléments, juridiques ou non, attestent de ce partage du territoire reconnu par le pouvoir royal ; mais il semblerait que la situation juridique soit plus sibylline dans le sens où les coutumes du Nord sont imprégnées des principes du droit romain, et que dans le Midi, les villes

³⁶ BART Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit. note 8, p. 113.

influentes développent très précocement elles-aussi des coutumes, sous la forme de statuts urbains ou de chartes de franchise. Fondée sur des principes de droit privé mais également de droit public, la frontière entre les deux cultures juridiques renvoie autant au contenu et à la forme du droit qu'à l'espace géographique de référence de ces deux sources de droit.

Il nous intéresse d'observer comment cette idée a peu à peu intégré les mentalités des juristes, en soulignant la réalité de la distinction (peut-être pas si avérée) et le processus de sa construction. On peut s'interroger sur les motivations qui ont poussé quelques auteurs des 15^e et 16^e siècles à défendre la position d'une frontière marquée. Il nous importe de montrer à la fois les éléments qui attestent d'une démarcation entre les différentes traditions juridiques et de nuancer ce même propos en établissant que la réalité juridique n'était finalement pas aussi caricaturale. L'existence de la frontière, par exemple : d'un côté, elle est un argument qui va dans le sens de la reconnaissance de la distinction car la frontière est notifiée dans les textes officiels ; de l'autre, son parcours n'a jamais été précisé officiellement comme pour attester que la séparation est un phénomène moins net qu'il y paraît.

Différents éléments de la vie sociale ont pu conforter l'idée de la distinction. Ces éléments concernent l'influence des structures de la féodalité, moins prononcées dans le Midi où l'individualisme expliquerait l'originalité des pratiques méridionales. Dans le domaine juridique, la portée de la distinction n'est pas seulement théorique puisque le partage se manifeste dans la vie judiciaire : c'est au Parlement de Paris – dont la compétence s'étend aussi sur des pays de droit écrit – que revient la décision de déterminer l'appartenance à telle ou telle région juridique car les appels qu'il reçoit ne suivent pas le même régime selon l'origine du recours³⁷. Dans le courant du 13^e siècle, la royauté crée une commission spécialisée, chargée de juger les litiges venant des pays méridionaux. *"La question est donc de savoir si le Parlement, formé surtout de légistes zélés serviteurs de la cause royale avant d'atteindre une composition plus professionnelle aux environs de 1380, allait admettre et sanctionner sans réticence l'évolution coutumière des pays de droit écrit."*³⁸ Celui-ci a été reconnu comme une des coutumes du pays, il eut été difficile de faire autrement sans ignorer les coutumes urbaines et les coutumes générales

³⁷ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier...", art. cit. note 7, p. 33.

³⁸ HILAIRE Jean, *La vie du droit*, Paris : PUF, 1994, 308p, p. 248. En 1312, par exemple, quand le Parlement juge une affaire de règlement successoral entre les filles du comte de Rodez, il reconnaît *"les coutumes de la terre régie par le droit écrit."* GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit...*, op. cit. note 21, p. 35.

de ces pays. D'autant que les parties, conscientes des enjeux si elles invoquaient coutume ou droit écrit³⁹ changeaient leur argumentation, selon leurs intérêts, devant le Parlement.

Dès 1219, il est fait allusion à une différence de culture juridique entre les deux zones du royaume, à l'occasion de l'interdiction d'enseigner le droit romain à Paris, demandée par Philippe Auguste au pape Honorius III. Puis, une distinction est reconnue officiellement en 1251, sous la régence de Blanche de Castille, par l'ordonnance distinguant les pays du *jus scriptum* et ceux de la *consuetudo gallicana*. Philippe le Bel reconnaît explicitement le droit romain comme une des coutumes générales du royaume. Pourtant, l'attitude de la royauté vis-à-vis du droit romain est ambiguë. Philippe le Bel, dans des lettres écrites en 1312, affirme que ses ancêtres, et lui-même, ont permis l'usage du droit romain dans les régions méridionales ; mais les lois romaines y sont considérées comme "*une coutume générale du pays*". Ces différents points de vue illustrent le décalage qui peut exister entre les représentations de différents groupes dans un même espace socio-politique.

En l'espèce, la nuance est d'importance : seule la "*coutume qu'ont introduite les usages à partir du texte du droit romain*" est admise ; le roi n'est ainsi pas lié directement par le texte, texte qui n'a pas valeur tant qu'il n'a pas été reconnu et accepté explicitement par lui. En effet, "[pour] le roi, le droit romain ne s'applique donc pas de sa propre autorité, par sa seule force : car en lui-même en tant qu'ancien droit de l'Empire Romain, il n'a aucune valeur législative."⁴⁰ Le processus d'acceptation peut être comparé à la situation du droit canon qui ne s'applique pas directement dans le royaume de France en raison de la théorie du gallicanisme qui impose que le roi "*reçoive*" tout texte émanant de la papauté. En posant l'hypothèse d'une frontière, dans la pratique et au-delà des considérations d'ordre théorique sur la constitution de cette dualité juridique, il n'en reste pas moins vrai que cette tendance à la distinction a influencé les juristes. De fait, les coutumes générales et locales sont nombreuses et se maintiennent jusqu'à la veille de la Révolution, où l'"*on compte une soixantaine de coutumes générales différentes, auxquelles dérogent sur certains points plusieurs centaines de coutumes dites locales*."⁴¹ La disparition formelle des coutumes n'a été possible que suite au volontarisme politique en matière juridique, c'est-à-dire par la rédaction des coutumes dans l'œuvre de codification qui les a fondues en un texte unique.

³⁹ HILAIRE Jean, *ibidem*, p. 252.

⁴⁰ CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, Paris : PUF, 1998, 379p, p. 235.

⁴¹ BART Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit. note 8, p. 113.

Pour disposer d'une géographie coutumière, il faut attendre 1837, l'étude de Henri Klimrath. Sa *Carte de la France coutumière* est publiée, à titre posthume, en 1843⁴². Il y fait œuvre d'historien du droit car sa formation de juriste est exclusivement postérieure à la codification, et donc à l'unification juridique. Jean Hilaire fait remarquer *"qu'une telle carte était encore inédite à cette époque [médiévale] et les juristes d'Ancien Régime n'avaient sous doute jamais eu la vision de ce tracé durant les siècles où cette division du royaume était demeurée en usage."*⁴³ C'est d'ailleurs ce que les auteurs pointent dans l'élaboration de cette géographie ; tout en reconnaissant le travail d'historien de Henri Klimrath, ils reprochent justement la tardiveté de l'entreprise et les défauts inhérents aux reconstructions a posteriori. *"C'est finalement la question de l'origine et de la réalité de cette ligne qu'il fallait bien reprendre dans son ensemble en faisant remonter l'enquête jusqu'au milieu du XIII^e siècle."*⁴⁴ Au-delà de la justesse de cette remarque que nous reprenons à notre compte, ce qui nous intéresse, ce n'est pas seulement la réalité de la frontière, mais aussi les motifs – ou simplement le processus si l'on ne recherche pas une intention marquée dans tous les phénomènes juridiques – qui ont concouru à l'émergence de l'idée de cette frontière juridique. Cette démarche peut se décomposer en deux niveaux : le premier s'attache à déterminer le degré d'effectivité ou non de tel ou tel phénomène (ici la frontière entre pays de coutume et pays de droit écrit qui renvoie à la question de l'unité juridique), puis, le second se concentre – quelle que soit la réponse à la question de l'effectivité, tout en considérant qu'il est plus intéressant de découvrir un décalage entre réalité et construction mentale – sur les processus qui ont présidé à ce décalage et finalement à l'émergence de ce que l'on appelle des mythes juridiques.

La réalité d'une frontière est lente à se mettre en place, ce n'est qu'au 16^e siècle que la frontière sera la plus marquée. La plupart des auteurs s'accordent pour dire que la frontière établie n'est pas de nature linguistique comme cela a pu être pourtant soutenu. De plus, la frontière n'a jamais été définitivement délimitée. Aucune décision globale n'a été édictée : la délimitation s'est faite au cas par cas. Au milieu du 15^e siècle, au moment de la création du Parlement de Bordeaux,

⁴² *"La ligne séparative des pays de coutumes et de droit écrit ne concorde nullement avec la frontière de la langue d'oïl et de la langue d'oc. On peut dessiner approximativement en s'aidant de documents un peu postérieurs au XIII^e siècle, mais qui confirment sans doute une situation plus ancienne. Elle part de l'Océan, en face de l'île d'Oléron, et se dirige vers l'est, laissant en pays de droit écrit la Saintonge, le Périgord et le Limousin. Elle s'infléchit vers le sud pour laisser en pays de coutume une bonne partie de l'Auvergne. Elle remonte ensuite vers le nord pour passer au-dessus du Vivarais, du Forez, du Lyonnais et du Maconnais et se diriger nettement à l'est jusqu'à Gex, sur le lac de Genève. Tout ce qui est nord de cette ligne est pays de coutumes ; au sud, pays de droit écrit."* OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 5, **Voir annexe VIII.**

⁴³ HILAIRE Jean, *La vie du droit*, op. cit. note 38, p. 12.

⁴⁴ HILAIRE Jean, *ibidem*, p. 13.

l'appartenance de certaines localités aux pays de coutumes ou à ceux de droit écrit n'est pas assurée, "*certaines affirmant qu'il était au moins mixte.*"⁴⁵ Ainsi, on peut dire que cette idée de frontière juridique connaît de nombreuses exceptions. Dans ce sens, la formule de Jean Gaudemet est explicite : "*Depuis quelque cinquante ans, on a rompu avec cette géographie trop commode. Le Nord n'a pas ignoré le droit romain et dans le Midi les coutumes abondent.*"⁴⁶ La séparation selon le degré d'influence du droit romain était commode mais insuffisante. "*Au moins au Languedoc, on se soucie fort peu jusqu'au XIII^e siècle du droit de Justinien qui apparaîtra même au moment de la conquête comme celui des envahisseurs.*"⁴⁷ Dans notre questionnaire sur la distinction entre pays de coutumes et pays de droit écrit, la diversité qui existe à l'intérieur même des deux grandes régions nuance l'existence de cette frontière.

2) Diversité et complexité dans les deux zones juridiques

Des géographies coutumières ont été élaborées ; on connaît celle de Jean Yver⁴⁸ pour les pays de coutumes, au Nord. L'enseignement du droit romain y a été tardif. On a vu que, pour des raisons politiques, son enseignement a même été interdit à Paris. Cependant, il est évident que les juristes de ces régions ont été marqués par les techniques romaines : en Normandie, l'influence romaine se fait sentir à la même période que dans le Midi, dans les années 1250 au cours desquelles des renonciations à certaines règles romaines, concernant le dol, sont établies⁴⁹. Le contexte normand est très tôt plus favorable à cette réception et aux traductions dans les coutumiers, parce que "*pour rédiger ce droit coutumier, il fallait d'abord des rédacteurs, c'est-à-dire des milieux de juristes suffisamment formés, et formés nécessairement à l'école des glossateurs. Ce n'est pas un hasard que le droit normand a pris une telle avance sur ses voisins dans l'expression écrite : les conditions d'une ambiance de science juridique y avaient été*

⁴⁵ HILAIRE Jean, *ibidem*, p. 243.

⁴⁶ GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit...*, op. cit. note 21, p. 34.

⁴⁷ OURLIAC Paul, "L'esprit du droit méridional", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouen, 1976, 713p, p. 576-594, p. 585.

⁴⁸ L'apport du travail de Jean Yver, dans son *Étude sur les coutumes*, est de tenter de déterminer le fondement de la diversité des règles coutumières. Son étude des modalités du partage successoral lui a permis de dessiner une carte des différents grands groupes de coutumes dans le nord du pays. La géographie coutumière qu'il a réalisée combine des facteurs linguistiques, juridiques et sociaux qui illustrent à la fois les ressemblances des coutumes mais également leurs diversités : "*Se dégagent, dès lors, quelques grandes masses, celle des coutumes de l'Ouest de la France (...) qui ont subi plus que d'autres le choc des invasions normandes au XI^e siècle et où la marque de la féodalité a été profonde ; le groupe orléano-parisien, caractérisé par d'assez fortes tendances communautaires ; celui des coutumes du Nord traversées elles-mêmes par une frontière qui n'est pas seulement linguistique, entre les pays picard et wallons et les pays flamands ; l'ensemble bigarré des coutumes de l'Est, le centre et toute la zone limitrophe des pays de droit écrit, dont les usages juridiques sont composites.*" BART Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit. note 8, p. 113.

⁴⁹ OURLIAC Paul, "L'esprit du droit méridional", art. cit. note 47, p. 591. Le fait qu'il y ait des renonciations à des règles de droit romain suppose que ce droit a été l'une des références pour résoudre la question juridique.

réunies plus tôt qu'ailleurs."⁵⁰ Pour André Gouron, les coutumes n'ont pu émerger avant la romanisation des esprits. Parler de coutume avant la réception des nouvelles techniques relève selon lui de l'anachronisme, y compris dans les coutumiers privés du Nord de la France. Philippe le Bel qui interdit son enseignement à Paris, reconnaît néanmoins "*sa qualité intellectuelle*" et l'accepte dans d'autres villes (Orléans par exemple) pour la formation des légistes. "[C'est] *le meilleur moyen de former de bons juristes, même s'ils exercent en pays coutumiers. Le droit écrit, dit en substance le roi, perfectionne le raisonnement, fournit une doctrine à ceux qui rendent la justice et préparent à la compréhension des coutumes.*"⁵¹ Au-delà de l'outil intellectuel qu'il présente, dans les régions dites coutumières, qui le sont assurément, le droit romain représente "*une réserve de solutions juridiques pour tous les cas où les coutumes sont muettes. On dit que c'est un droit supplétoire.*"⁵²

Des études du même genre ont également vu le jour pour le droit méridional. Ces travaux tentent de montrer à la fois diversité et parenté juridique. L'influence des techniques romaines ou simplement de la terminologie n'est pas uniforme dans les pays de droit écrit. La "forte teneur" en droit romain dépend parfois de critères non juridiques qui tiennent, par exemple, à la géographie. "*L'infiltration du droit Justinien s'étant faite par le Sud-Est, la résistance à son influence s'accroît progressivement à mesure que l'on avance vers l'Ouest.*"⁵³ La région sud-est (Provence et Languedoc méditerranéen) a connu une plus forte romanisation et plus précoce : la proximité italienne a dû favoriser les échanges de savoir et la mobilité des juristes. Et même dans la région Sud-Est, il est possible de déterminer le parcours des nouvelles techniques. En examinant les villes d'implantation des premiers légistes provençaux, dans les villes de l'Ouest de la Provence, Jean-Pierre Poly va jusqu'à préciser "*qu'en Provence le droit romain chemine d'Ouest en Est*"⁵⁴, car les points de départ du cheminement sont les universités de Montpellier et d'Avignon.

⁵⁰ GOURON André, "Aux origines de l'émergence du droit : glossateurs et coutumes méridionales (XII^e siècle-milieu XIII^e siècle)", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 255-270, p. 264. La position défendue dans cet article est novatrice.

⁵¹ CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, op. cit. note 40, p. 236.

⁵² CARBASSE Jean-Marie, *ibidem*, p. 236.

⁵³ TIMBAL Pierre-Clément, OURLIAC Paul, "Le droit privé dans les villes du midi de la France", p. 115-124 et 125-131, *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1983, t. 8 (consacré à la ville), p. 123.

⁵⁴ POLY Jean-Pierre, "Les légistes provençaux et la diffusion du droit romain dans le Midi", *Mélanges Roger Aubenas*, Montpellier, Recueil SHDE, IX, 1974, p. 613-635, p. 627.

En revanche, dans le Sud-Ouest, *"alors que la rédaction des coutumes est en général plus tardive, l'influence du Corpus [juris civilis] est beaucoup moins sensible ; du reste, si les textes coutumiers du Sud-Est sont toujours rédigés en latin, ceux du Sud-Ouest sont très souvent transcrits directement en langue vulgaire – différence significative."*⁵⁵ Les facteurs explicatifs ne sont pas seulement géographiques, ils sont également de nature politique. Dans le Sud-Ouest, les rivalités entre les royaumes d'Angleterre et de France ont joué en faveur du maintien des coutumes. *"De part et d'autre d'une frontière fluctuante partageant l'Agenais et la Gascogne les deux pouvoirs ont multiplié les concessions de chartes plutôt libérales et respectueuses des particularismes locaux. Les communautés ont su profiter de la situation pour monnayer leur "libertatz, franquessas et bonas cotumas."*⁵⁶ Dans cette région, les traditions coutumières autochtones sont très ancrées, et *"ont opposé à la pénétration du droit romain un obstacle sérieux."*⁵⁷ Aujourd'hui, cependant, plus personne ne soutient l'existence d'une frontière catégorique à l'époque médiévale entre le Nord et le Midi. Nous avons insisté sur les éléments qui illustrent la complexité des influences juridiques de part et d'autre de cette frontière. Celle-ci nous intéresse surtout dans la mesure où elle est révélatrice de la mentalité des juristes et des hommes de pouvoir(s) de l'époque. Nous en ferons donc état comme un élément de construction de la culture juridique où l'influence du droit romain mérite d'être majorée dans un cas ou relativisée dans l'autre.

3) Renaissance du droit romain ou majoration du Droit dans les pratiques ?

La remise en question de l'influence du droit romain concerne le contenu du droit lui-même. Les juristes méridionaux semblent beaucoup plus prudents sur l'influence romaine dans le droit des pays dit "de droit écrit". Non qu'ils remettent en cause totalement l'essor que le droit romain a connu, ils l'associent plus à une *"majoration"* du droit en général. La situation du contenu du droit s'avère plus complexe que la présentation faite du droit médiéval. Pour montrer en quoi les phénomènes juridiques étaient bien plus imbriqués et souples aux mutations sociales de l'époque, il nous faut examiner quelques-unes des idées reçues et tenter d'en mesurer la potentialité.

Pourquoi la nécessité de rédiger les coutumes du Midi s'est-elle fait sentir ? Quels ont été les facteurs de rédaction de ces statuts ? De quel ordre a été l'influence du droit romain ? Notre objet est de démontrer que d'une part, les coutumes ont eu un rôle important dans le Midi de la France,

⁵⁵ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier...", art. cit. note 7, p. 32.

⁵⁶ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 242.

⁵⁷ POUMAREDE Jacques, ibidem, p. 241.

et que d'autre part, le droit romain n'y a pas eu le rôle qu'on lui donne traditionnellement dans ces régions. Il serait intéressant pour notre propos de déterminer par qui et comment sont élaborées les coutumes urbaines⁵⁸. Ces codifications urbaines sont fortement influencées par le droit romain, en tout cas, dans leur terminologie mais restent, cependant des textes de nature coutumière. La dénomination de statut a pu faire croire qu'elles n'étaient pas des coutumes. Il semblerait qu'au moment de leur rédaction, elles soient des coutumes comme celles pratiquées dans le Nord de la France, à la différence près qu'au lieu d'être régionale, leur application est souvent limitée à une ville⁵⁹.

Les juristes de l'époque, notamment ceux de l'école de droit d'Orléans, se sont interrogés sur la distinction entre coutume et statut et donc sur la nature de ces coutumes écrites. Pour Jacques de Révigny, les deux formes juridiques sont très différentes. Le débat ne porte pas tant sur le caractère écrit que sur l'acceptation du droit : dans un premier temps, contrairement à la tradition de Bologne, *"pour les Orléanais la coutume ne doit pas nécessairement être non écrite, tout comme la loi ne doit pas forcément être écrite."*⁶⁰ La question porte sur les critères à retenir : les caractères habituels de la coutume, la durée et le caractère répétitif, sont consolidés par le consentement explicite de la population qui transforme une coutume en un statut. Mais à la fin du 13^e siècle, le caractère non écrit de la coutume devient essentiel, ce qui explique pourquoi l'on a voulu distinguer statuts méridionaux et coutumes.

Le principal mobile de rédaction des coutumes du Midi est la lutte contre les abus des seigneurs, le regroupement en ville permettant de se défendre plus efficacement. Jacques Poumarède va dans ce sens, mais il attribue le mouvement coutumier méridional à *"une conjonction de facteurs*

⁵⁸ La question n'est pas facile à résoudre en raison de la pauvreté de la documentation relative à ce thème. Jean-Marie Carbasse fait état de quelques cas où l'on est renseigné sur les acteurs de l'initiative, que ce soit les habitants regroupés ou le seigneur du lieu. Le plus souvent, le document est élaboré par un ou plusieurs groupes de juristes de la ville, puis il est soumis à une assemblée représentative des habitants de la ville. C'est la procédure utilisée à Montpellier en 1204, puis en 1286, à Toulouse où les négociations ont duré plus de dix années. La fin du processus est couronnée par la promulgation par le ou les seigneurs influents de la ville.

⁵⁹ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier...", art. cit. note 7, p. 32. L'idée de séparation du territoire en deux aires juridiques s'accompagne d'une image également stéréotypée de la nature du droit dans les villes méridionales. Cette image faussée concerne l'uniformité et la spécificité du droit urbain par rapport au droit applicable dans les campagnes du Midi et les mobiles de rédaction des coutumes urbaines. L'opposition ville/campagne n'est pas si nette. D'une part, parce que les villes ne sont que de gros bourgs, d'autre part, parce qu'elles sont en étroites relations avec les campagnes pour les activités qui découlent de l'agriculture. L'argument selon lequel les coutumes auraient eu pour objectif *"d'abriter une activité économique spécifique dans une enceinte privilégiée"* n'est pas recevable parce que ces villes ne sont pas si retranchées. Néanmoins, le mouvement urbain *"répond beaucoup plus au désir des individus de s'émanciper et de s'administrer eux-mêmes sur le plan local pour ne pas être soumis à l'arbitraire seigneurial."* TIMBAL Pierre-Clément, OURLIAC Paul, "Le droit privé dans les villes du midi", art. cit. note 53, p. 116

⁶⁰ WAELEKENS Laurent, "La théorie de la coutume à l'école de droit d'Orléans (XIII^e siècle)", art. cit. note 12, p. 35.

favorables d'ordre économique, social et surtout intellectuel. (...) Le développement des activités marchandes et artisanales suscite ou révèle des besoins nouveaux : individualisme et esprit d'association, goût de la liberté et recherche de la sécurité. Ces aspirations, qui peuvent paraître contradictoires, orientent la pratique vers la recherche de solutions communes, de formules de compromis acceptées par le plus grand nombre. Mais l'élément déterminant de ce processus de cristallisation du droit tient au fait qu'il s'opère sous le regard d'une culture savante tirée de la connaissance des leges romaines, et dont la Septimanie est précisément à cette même époque le foyer et le centre de rayonnement dans le Midi de la France."⁶¹ Dans ce contexte intellectuel, les bourgeoisies méridionales ont eu l'ambition de se doter, elles aussi, d'un corps de règles écrites.

La rédaction de ces coutumes ne se passe pas sans modifications. C'est un droit nouveau qui émerge, c'est l'occasion de supprimer certains usages, d'en réintégrer certains plus anciens. *"La rédaction des coutumes ne se limite donc pas à la simple transcription des coutumes antérieures ; ou, si l'on préfère, la "codification" médiévale du droit municipal n'est pas une "codification à droit constant".*"⁶² Jean Hilaire le note spécialement pour la coutume de Montpellier, rédigée très tôt et qui aura une grande influence sur les autres coutumes écrites de la région. Ses rédacteurs ont une attitude *"assez subtile et non sans arrière-pensée"* à l'égard de la source romaine : s'ils renvoient au droit romain comme *"droit supplétoire"*, ils *"n'hésitent pas à retenir des principes contraires au droit romain, parfois en le disant, le plus souvent sans le souligner."*⁶³ Ainsi, la plupart des auteurs méridionaux nuancent l'influence que pouvait avoir le droit romain sur les coutumes écrites du Midi où il est fait état d'une certaine désinvolture pour le droit savant. *"[Les] chartes urbaines du Midi connaissent les leçons de la doctrine savante, mais n'ont encore à son égard aucune crainte révérencielle. Le droit romain est en sorte assimilé, passé en coutume pour constituer un corps de règles juridiques propre à chaque cité et capable d'exprimer ses particularismes."*⁶⁴

La diversité se retrouve de la même façon dans les évolutions du droit dans le Nord du pays où le droit romain se développe différemment selon les contextes politiques. Les rédactions des coutumes s'élaborent dans un contexte de renaissance du pouvoir législatif royal, et donc d'un contrôle du droit contenu dans les coutumes : le droit romain, *"techniquement bien supérieur et*

⁶¹ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 236. La Septimanie ou Gothie tient son nom des sept principales villes de cette région de la Gaule méridionale, pays des Wisigoths. Située entre Rhône, Massif central et Pyrénées, elle est réunie à la France en 1229, sous le nom de duché de Narbonne.

⁶² CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, op. cit. note 40, p. 122.

⁶³ HILAIRE Jean, *La vie du droit*, op. cit. note 38, p. 191.

⁶⁴ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 240.

auréolé du prestige de l'universalité" est instrumentalisé par la royauté pour "*consolider son pouvoir et unifier ses possessions méridionales*."⁶⁵ Dans ce contexte politico-juridique, il est difficile de déterminer la part de la nouveauté et de la continuité du droit. Jacques Poumarède fait remarquer sur cette question "*qu'il n'est pas de meilleure manière de faire passer une nouveauté contestée qu'en la présentant comme coutume immémoriale*."⁶⁶ Ces coutumes, parce que très tôt rédigées donc figées, perdront rapidement leur adaptabilité, et disparaîtront par désuétude. Pour cerner le contenu du droit, il est essentiel de considérer également et surtout – serions-nous tenter de dire – la pratique de différents groupes juridiques concernés par ces statuts. L'observation des pratiques juridiques est notamment possible au travers de l'observation de l'activité des notaires, personnel juridique qui tient un rôle important dans la vie quotidienne du droit mais également à travers celle de la réaction des populations elles-mêmes ayant montré, selon des études récentes, un rôle actif dans la résistance au droit romain et la conservation des pratiques locales.

L'introduction progressive du droit romain est le fait des praticiens, ils se réclament du *jus scriptum* mais les solutions qu'ils proposent ne sont pas purement romaines et montrent souvent une réticence à l'égard des coutumes écrites que sont les statuts. Dans le Midi, les praticiens, surtout représentés par les notaires, combinent les différentes sources du droit. L'activité des notaires a fait l'objet de nombreuses études, tant elle a pu constituer une sorte "*d'underground juridique constitué par l'activité [de ces] notaires chargés de mettre en forme, au plus près de la réalité sociale, les besoins et les aspirations de leurs clientèles. Comment ne pas voir dans ces pratiques la matérialisation d'usages authentiquement coutumiers, mais nés en marge et peut-être même en réaction contre les coutumes rédigées*."⁶⁷

Jean Hilaire, pour son étude sur le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier considère d'ailleurs que "[même] *si les praticiens sans formation juridique n'étaient pas capables d'aller au-delà d'une simple copie, et, à l'abri de cette terminologie, résistèrent longtemps à une plus profonde pénétration du droit romain, le droit savant s'est emparé du mythe, l'a amplement développé et lui a accordé une valeur absolue. Aussi bien des gens du Midi sont entrés dans le jeu et, se persuadant ou laissant volontiers entendre que leur droit privé était romain, y ont vu peut-être des avantages politiques*."⁶⁸ L'auteur souligne deux aspects du droit "pratiqué" par les notaires dans le Midi, concernant d'une part, le droit savant, d'autre part, l'application qui est faite

⁶⁵ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 240.

⁶⁶ POUMAREDE Jacques, *ibidem*, p. 239.

⁶⁷ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 243.

⁶⁸ HILAIRE Jean, *La vie du droit*, op. cit. note 38, p. 188.

des coutumes écrites du Midi, ces deux sources juridiques étant censées être spécifiquement celles du Midi. Ainsi, dans un premier temps, le droit romain est souvent mis à mal, voire contredit. Cet aspect n'est pas perceptible de prime abord parce que les formulations sont romanisantes. Mais, à l'examen du contenu du droit retenu, on observe que les *"parties renonçaient délibérément au bénéfice des règles protectrices du droit de Justinien."*⁶⁹ Quel droit est alors mis en application ? On a mentionné l'existence des coutumes urbaines écrites très tôt dans certaines villes méridionales. Ce droit est-il la référence de prédilection des notaires ? Jean Hilaire constate que ces textes ne sont que rarement cités. Lorsqu'ils le sont, la connaissance et même la compréhension de ces textes par les praticiens n'est pas certaine, ce qui expliquerait en partie les raisons de leur déclin rapide. Finalement, pour cet auteur, le processus de création du droit vient surtout de la pratique. S'il convient de l'existence d'une pratique coutumière, elle n'émane pas des coutumes écrites mais bien plus de la pratique induite par les comportements répétés des praticiens et des populations. La renaissance du droit romain a favorisé la lutte contre les prérogatives des seigneurs mais elle *"a amené avec elle une technique, aussi étrangère que possible au droit privé méridional, coutumièrement constitué sur une base romaine fort lointaine et c'est contre l'introduction de cette technique que sont souvent proclamés les usages traditionnels."*⁷⁰

Si l'on retient cette hypothèse, le rapport de force entre droit savant, coutumes urbaines et pratiques, dans la production normative du droit méridional, est transformé. Jean Hilaire présente un droit empirique, adapté aux situations qui se modifient, souvent marqué par la *"simplification"* voire *"la médiocrité technique des solutions nouvelles."* Pour mesurer la portée de ses conclusions, l'auteur recherche si les comportements des membres de l'ensemble du monde juridique corroborent ce qu'il avance, à savoir si sont avérées cette liberté et cette indépendance dont paraissent jouir les praticiens. Cela implique de s'intéresser à l'attitude des juges, pour déterminer leur connaissance du droit dit savant, la portée du symbolisme du droit écrit et s'il existe *"une conscience aiguë de la nécessité de le faire respecter."*⁷¹ Il apparaît, là également, qu'ils n'y portent pas un attachement indéfectible et qu'ils sont conciliants avec les tendances coutumières. Juges et notaires ne sont pas les seuls à avoir une lecture ambiguë vis-à-vis du droit romain, l'appropriation de ces nouvelles règles de droit par les populations va dans le même sens.

⁶⁹ HILAIRE Jean, *ibidem*, p. 15.

⁷⁰ TIMBAL Pierre-Clément, OURLIAC Paul, "Le droit privé dans les villes du midi", art. cit. note 53, p. 118.

⁷¹ HILAIRE Jean, *La vie du droit*, op. cit. note 38, p. 227.

L'hypothèse d'un rejet par les populations du droit romain a été avancée, notamment par Edmond Meynial au début du 20^e siècle. Elle se serait illustrée via la formulation explicite de renonciation de telle ou telle règle nouvelle lors de la rédaction des coutumes. Cette position est jugée trop caricaturale par les auteurs aujourd'hui. Jacques Poumarède explique que *"dans le Midi, la diffusion du droit romain et l'émergence de la coutume, loin de s'opposer, se sont confortées l'une l'autre et ne furent que les aspects d'un même phénomène : la majoration du droit, c'est-à-dire l'intronisation de la règle juridique comme instrument privilégié de médiation dans les rapports sociaux. La confrontation du jus et de la consuetudo aura bien lieu, mais plus tard."*⁷²

Pour préciser la temporalité des mouvements juridiques entre coutume et droit romain, André Gouron préfère parler de "naissance du droit" au 12^e siècle plutôt que de "renaissance du droit" et pas seulement celle du droit romain. Son raisonnement consiste à dire qu'à l'époque des glossateurs, *"il n'est pas question d'opposer deux systèmes juridiques issus l'un des institutions de l'Europe féodale, l'autre des sources justiniennes. Le problème ne se pose pas en terme de choix, mais sous la forme de la mise en place d'un complexe normatif là où régnaient désordre, imprécision et illogisme. (...) Dès lors, la dimension reconnue à la norme s'accroît considérablement : le discours juridique bénéficie d'une légitimité jusque-là douteuse et sa place ne peut être désormais que la première. Romanisation et "majoration" du droit – pour reprendre encore un terme de Jacques Ellul – iront désormais de pair. La liaison entre ces deux phénomènes éclaire mieux que tout autre facteur, procédure mise à part, l'influence que les glossateurs ont exercée sur leur temps. Romanisation à l'écart de la coutume, plus que contre celle-ci ; mais majoration qui englobe, au moins pour un temps, cette même coutume."*⁷³ Ce n'est que plus tard, à la période de la Renaissance humaniste, qu'un nouveau souffle est donné au courant romanisant. De même, Jacques Poumarède affirme : *"[c'est] la deuxième renaissance du droit romain, celle des humanistes du XVI^e siècle, qui a ancré dans les esprits une telle image qui ne vaut guère pour la période médiévale. Sous le mythe du droit écrit, il y a la réalité infiniment complexe et contradictoire."*⁷⁴ En raison de la progression de l'idée d'un droit commun coutumier, le droit romain ne deviendra cependant pas un droit second. Les coutumiers, dont le développement est important dans le Nord du pays, peuvent être considérés comme un des éléments préparatoires à la rédaction officielle des coutumes. Le processus débute à l'instigation

⁷² POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 237.

⁷³ GOURON André, "Aux origines de l'émergence du droit...", art. cit. note 50, p. 256.

⁷⁴ POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", art. cit. note 4, p. 233.

de Charles VII en 1454. Cette précocité et ce long cheminement, avant que n'aboutisse la codification de 1804, attestent de l'importance de l'écrit dans la formation juridique occidentale avec cependant des modalités de mise en œuvre interne qui varient et intéressent notre étude sur la rationalité juridique.

§ 2 : Droit, loi et codification : question de représentations

La rationalité s'est traduite par un mouvement d'unification du contenu du droit. La forme du droit participe également au processus de rationalisation juridique. Pour critiquables qu'ils soient dans certains cas, les codes ne sont pas toujours de mauvaises initiatives. L'œuvre de codification peut être utile de temps en temps "*afin de clarifier et d'unifier les critères juridiques consacrés par les traditions antérieures.*"⁷⁵ Ce qui nous intéresse dans le processus de codification, c'est de faire état du décalage qui peut exister entre l'objectif annoncé et en quoi consiste réellement le fait de codifier. Il s'agit de montrer les processus d'unification du droit et ainsi de continuer, comme nous avons pu le suggérer avec les coutumes, à souligner certains aspects paradoxaux. Le caractère unitaire du droit en France n'est pas un fait acquis, c'est une construction historique qui n'a rien d'évident : la lenteur des processus de rédaction et d'unification qui ont abouti à la codification l'atteste. Parallèlement, ne négligeons pas que ce mouvement en est un parmi d'autres : le culte de la loi, son écriture et sa codification ne sont pas universels y compris sur le continent européen ; la tradition juridique de Common Law permet de faire état de cette autre possibilité de concevoir le Droit. Nous nous interrogerons sur la symbolique de la raison juridique écrite et celle qui lui est indéfectiblement liée, celle du culte de la loi et de son rédacteur, le législateur (A) pour ensuite, montrer comment il est possible d'envisager que la raison ne passe pas seulement par la loi et sa codification (B).

A : Culte de la loi, code civil et rationalité

Ce qui nous intrigue, c'est l'esprit qui a présidé aux travaux d'élaboration du Code civil, notamment pour déterminer comment ce que l'on peut appeler le matériau de départ, c'est-à-dire l'ensemble des coutumes régionales, a été pris en compte et pour quelles finalités (3). Avant ce travail de préparation concrète du texte, de ses rouages et subtilités, il a fallu une longue évolution des mentalités des juristes pour que la forme écrite fut celle qui s'impose en matière

⁷⁵ SÉRIAUX Alain, *Le droit naturel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p, p. 31.

juridique pour le pouvoir royal et l'ensemble de la communauté des acteurs du droit. Nous insisterons sur les deux éléments qui paraissent les plus pertinents, à savoir la volonté de faciliter le mode de preuve des coutumes (1), annoncée comme la motivation première des rédactions du 15^e siècle mais qui prélude surtout à une autre représentation liée au droit en Occident, à savoir celle de la puissance de l'écrit comme élément fondamental du rapport juridique entre loi, coutume et usage (2).

1) Preuve des coutumes et pouvoir de l'écrit : "chimère de la mathématisation du droit"

Les modes de preuve couramment utilisés (la notoriété, le précédent judiciaire ou l'enquête *per turbe* c'est-à-dire par un groupe de notables) se sont révélés insuffisants. La preuve par écrit est peu à peu devenue le mode de preuve considéré comme le plus efficace. Le passage de l'oralité des règles coutumières à leur codification écrite a été progressif. Avant que la rédaction ne soit officialisée, pour des questions de preuve et de contrôle de la production normative par le pouvoir royal, la transcription est mise en œuvre par les praticiens du droit. Rappelons, pour nous mettre dans l'état d'esprit du contexte de l'époque, que l'invention de l'imprimerie constitue un changement considérable pour la science juridique. Sa diffusion permet une circulation croissante des textes eux-mêmes et de leurs commentaires. Cela a "*contribué à développer un système de pensée comparatiste dont le résultat est entre autres, l'élaboration du droit commun coutumier.*"⁷⁶ Cependant, il ne faudrait pas négliger l'impact de la diffusion des documents juridiques manuscrits, parallèlement aux documents imprimés : selon Stéphane Rials, "*l'imprimerie n'a pas empêché une circulation assez intense de copies manuscrites d'œuvres juridiques médiévales, au moins jusqu'au début du XVIII^e siècle.*"⁷⁷ Ce sont elles qui ont permis la constitution des archives judiciaires et des coutumiers.

Les décisions de justice sont a priori une importante source pour la connaissance des pratiques coutumières. Cependant, les archives sont inexistantes avant la fin du 13^e siècle car aucune procédure n'exige la tenue d'archives pour les textes des jugements, qui le plus souvent sont notifiés oralement aux parties. L'utilisation du précédent judiciaire pour prouver qu'une coutume existe ne nécessite pas non plus de traces écrites : le plaideur "*doit utiliser la procédure du record de cour (du latin recordari, rappeler) en faisant appel au témoignage des juges qui, sous serment, attestent de la décision qu'ils ont rendue. Le record de cour est par nature extrêmement*

⁷⁶ TIMBAL Pierre-Clément, "Coutume et jurisprudence...", art. cit. note 28, p. 231.

⁷⁷ RIALS Stéphane, "Veritas Iuris. La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme.", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 26, de la codification/2, PUF, 1998, p. 101-182, p. 156, note vii.

imparfait, puisqu'il se heurte à la défaillance des mémoires et à la mort des juges."⁷⁸ En cas de "record de cour", la mise par écrit devient nécessaire pour préserver la mémoire des échiquiers sur de plus longues périodes. La conservation des décisions est longue à se mettre en place. Au 13^e siècle, c'est à nouveau la juridiction supérieure du duché de Normandie qui, la première, organise la transcription des décisions les plus importantes sur des rouleaux de parchemins (les rôles, de *rotuli*), puis sur des registres. La technique est reprise par le Parlement de Paris à partir de 1263, sur l'initiative du greffier Jean de Montluçon qui tient à jour ces registres, appelés traditionnellement *registres Olim*. "*Ces premiers registres ne contiennent pas les arrêts en forme, mais un simple résumé, ce qui a fait douter, à tort, autrefois de leur authenticité. (...) Les Olim constituent une source capitale pour l'histoire du droit au XIII^e siècle.*"⁷⁹ Les actes notariaux sont également un important accès à la connaissance des coutumes, encore faut-il qu'ait été envisagée leur conservation ordonnée. La plupart du temps, avant le 15^e siècle, il s'agit d'une mémoire incertaine, parfois reconstituée, "*c'est-à-dire un monde peu favorable à l'élaboration d'une discipline critique.*"⁸⁰

Les coutumiers rédigés pendant cette période sont un autre moyen d'avoir accès aux coutumes et aux pratiques du droit en général. Ce sont surtout les œuvres privées qui renseignent sur les coutumes avant que n'ait débuté le processus de codification officielle. Les premières rédactions sont élaborées à titre privé, pour le compte des tribunaux, par des praticiens, et concernent des règles coutumières d'une région particulière, accompagnées de leur interprétation commentée. Ces documents n'ont qu'une autorité limitée – ils ne sont pas reconnus officiellement – mais donnent des indications précieuses sur les influences des différentes écoles juridiques et sur la perception du droit de leur auteur. Le plus connu de ces coutumiers est celui du bailli du comté de Clermont, Philippe de Beaumanoir, au 13^e siècle, rédigé vers 1280, "[les] *coutumes de Clermont en Beauvaisis*". "*Il connaît parfaitement le droit romain et le droit canonique. Il en a pénétré les principes et a su les incorporer dans son œuvre, au lieu d'insérer les textes à l'état brut (...). Beaumanoir en utilisant avec intelligence le droit savant, ne lui a jamais sacrifié le droit coutumier, dont il apprécie pleinement la valeur.*"⁸¹ Le travail de cet auteur est souligné par tous, car d'autres coutumiers ont été rédigés à la même époque, par des auteurs inconnus qui ont déformé le droit romain et canonique. François Olivier-Martin parle pour certains, les

⁷⁸ CASTALDO André, *Introduction historique au droit*, op. cit. note 13, p. 146.

⁷⁹ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 5, p. 118. A titre de comparaison, notons que ce procédé des "records" existe également en Angleterre, avec un caractère officiel plus affirmé. L'adverbe latin *Olim* signifie "autrefois, de longue date".

⁸⁰ RIALS Stéphane, "Veritas Iuris. La vérité du droit écrit...", art. cit. note 77, p. 140.

⁸¹ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 5, p. 117.

"*Établissements de Saint-Louis*" par exemple, de "*supercherie littéraire*", l'ouvrage n'étant pas sous l'autorité du roi comme son intitulé pourrait pourtant le faire croire. La décision de rédiger officiellement les coutumes, outre résoudre les questions relatives à la preuve des coutumes, évite ce genre d'abus. Au-delà de cet aspect, c'est toute la question de la rationalité occidentale qui est en jeu dans l'écrit.

En Occident, "*le système des règles édictées a priori prend une importance considérable, renforcé par l'utilisation de l'écrit qui assure l'inflation bureaucratique d'une réglementation à la fois contraignante et mythique puisqu'inconnue du plus grand nombre.*"⁸² Avant de s'introduire dans les mécanismes de fascination de l'écrit, gardons cependant à l'esprit que le processus de rédaction de droit ne touche pas l'ensemble de la population et que ce phénomène peut être perçu comme un procédé pour maintenir les populations dans un rapport de force inégal. La rationalité et la rigueur mathématique s'imposent, tant et si bien que ce qui est un mode de raisonnement parmi d'autres est finalement devenu aussi une appréciation, positive, de ce raisonnement. "*Qu'on le veuille ou non, l'idée de rationalité ne se contente pas de renvoyer à un mode quelconque de structuration des discours et disciplines, elle suggère encore la rectitude et la pertinence de cette structuration. (...) Sans nous prononcer sur la nature ultime du juridique, si tant est que cette tentative ait un sens et soit possible, nous observons une forme de destin occidental de la rationalité juridique. (...) Le trait le plus caractéristique de la rationalité occidentale est sans doute son souci de symétrie, d'ordre et de cohérence.*"⁸³ Le législateur et la doctrine sont les principaux acteurs de cette systématisation des données par "*découpages conceptuels et classement en catégories.*"⁸⁴ La recherche de la rationalité et de la logique dans le raisonnement juridique est explicite parmi les juristes, depuis les docteurs médiévaux. Elle se maintient au 19^e siècle. Aujourd'hui, même si la rationalité ne ressort pas spontanément de la production normative, elle est sous-entendue. Jacques Lenoble et François Ost soulignent que, dans de nombreux cas, on ne tire pas les conséquences qu'impliquerait l'analyse systématisante. Peut-être parce que "*la chimère de ma mathématisation du droit*" est-elle inadaptée à l'application du droit ? Et d'ajouter "*sans prétendre respecter rigoureusement les canons de la logique formelle, le juge fait "comme si" le droit était cohérent, transparent et non lacunaire,*

⁸² ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)", *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, janvier 1983, p. 83-117, p. 100.

⁸³ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, 590p, p. 3-5 et 176.

⁸⁴ LENOBLE Jacques et OST François, *ibidem*, p. 178.

"comme s'il" était possible d'en faire une application simplement syllogistique."⁸⁵ L'impact de l'écrit est relayé par les juristes eux-mêmes mais également par ceux qui le décryptent de l'extérieur.

Ainsi, Max Weber, dans son étude sur le droit et son caractère écrit, a négligé les apports de l'ethnographie. *"Il ne fait que reprendre le point de vue de ses lecteurs qui sont pleinement convaincus qu'il existe un clivage profond entre nos expériences de la société et celles des peuples qui n'existent que dans les carnets ethnographiques des explorateurs, des missionnaires et des anthropologues. C'est ce que croient depuis lors les sociologues. Cette croyance résulte en fait d'une série de passe-passe de la part de Weber. (...) Se cache ici en fait un préjugé tenace qu'on peut qualifier de "snobisme de l'écrit". Les peuples qui n'ont pas laissé de traces écrites de leurs méditations philosophiques sont supposés ne pas avoir pu élaborer des principes de réflexion sur l'ordre social."*⁸⁶ L'importance de l'écrit renvoie à la forme et trouve différentes justifications qui ne sont pas nécessairement celles attribuées au formalisme développé par Hans Kelsen. Stéphane Rials mentionne, à côté du point de vue formaliste sur lequel il ne s'attarde pas, *"le point de vue de la forme sensible "du droit" et celui de "la forme intelligible "du droit"", éléments de compréhension de la culture juridique occidentale. "La réflexion sur le *modus scripturius* est plus modeste que celle qui s'intéresse au *modus oratorius*. Tout au plus s'inscrit-elle dans le cadre de ce que j'appellerai, pour faire court et en bricolant (mais je ne crois qu'aux savoirs impurs), une démarche d'histoire semi-transcendentale de la culture juridique en général et de la codification en particulier. (...) Je souhaite tout au plus poser quelques balises dans ce que je crois pouvoir construire comme un long tournant dans la culture juridique et faire admettre l'importance, dans l'éclosion de ce qu'on appellera ultérieurement la Modernité, des premières décennies du XV^e."*⁸⁷

Bien avant Kelsen, dès le milieu du 15^e siècle, certains auteurs (par exemple Valla) ont placé l'écrit comme condition de validité du droit et mis en place les *"éléments d'une culture juridique moderne de la forme"*. La période est propice à cette sacralisation de l'écrit, fortement développée dans la religion qui instaure une étroite relation entre parole divine et écriture sainte. Si l'origine de la fascination à l'égard de l'écrit, accordée par les juristes modernes, contemporains puis actuels, peut être datée au tournant du 15^e siècle, les juristes médiévaux

⁸⁵ LENOBLE Jacques et OST François, *ibidem*, p. 10.

⁸⁶ DOUGLAS Mary, *Comment pensent les institutions*, La découverte/MAUSS, coll. Recherches, série Bibliothèque du MAUSS, 1999 (1^e éd. 1986), 180p, p. 111.

⁸⁷ RIALS Stéphane, "Veritas iuris, La vérité du droit écrit...", art. cit. note 77, p. 107.

avaient-ils conscience de la mutation qui s'opérait ? Quels étaient les avantages pour eux de l'écrit dans le droit ? Cette question prend tout son intérêt à la lumière de celle de l'authenticité des actes. *"Les médiévaux comprenaient à mon avis fort bien les avantages de l'écrit, la question de l'authenticité formelle, les difficultés de sa garantie. Dans le domaine des actes dits privés, la quête de cette dernière les a beaucoup occupés – en France selon des voies diverses au midi et au nord avant la progressive généralisation unifiante du notariat royal."*⁸⁸

Pour le pouvoir royal, le texte revêt également une importance, mais la conservation des archives de la Couronne a longtemps été itinérante, ce qui provoquait couramment leur perte. L'argument de l'écrit pour le droit du royaume ne date pas, loin de là, du début du 19^e siècle. Différents arguments sociaux, techniques ont été revendiqués par les initiateurs des premières rédactions coutumières. L'argument visible consiste à dire que la rédaction des coutumes a pour motif *"la difficulté d'établir la réalité coutumière face aux prétentions souvent contradictoires des parties."*⁸⁹ Certes. Cependant, d'autres motivations à la rédaction des coutumes sont envisageables, tel que l'argument politique : c'est de lui dont dépend au final la volonté d'unifier et de codifier, ce qui suggère l'hypothèse, plus subversive, du rapport entre écrit et pouvoir.

2) Pouvoir, unité et rédaction officielle des coutumes

Les processus de codification sont liés à la rationalisation du droit, mais ont aussi un impact sur la légitimité de celui-ci, par la force symbolique que la codification implique. *"La forme, la formalisation, le formalisme n'agissent pas seulement par leur efficacité spécifique, proprement technique, de clarification et de rationalisation. Il y a une efficacité proprement symbolique de la forme. La violence symbolique, dont la réalisation par excellence est sans doute le droit, est une violence qui s'exerce, si l'on peut dire, dans les formes, en mettant les formes. Mettre des formes, c'est donner à une action ou à un discours la forme qui est reconnue comme convenable, légitime, approuvée, c'est-à-dire une forme telle que l'on peut produire publiquement, à la face de tous, une volonté ou une pratique qui, présentée autrement, serait inacceptable."*⁹⁰ Ce que l'on peut présenter comme la première étape ou disons le travail préparatoire de la codification, débute dès le 15^e siècle avec les efforts de rédaction des coutumes. Si ces rédactions ne répondaient pas aux critères de la codification en ce qui concerne les questions de l'ordre et de la

⁸⁸ RIALS Stéphane, *ibidem*, p. 137.

⁸⁹ VANDERLINDEN Jacques, "La coutume dans le droit français des "pays de coutumes" aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 282-291, p. 289.

⁹⁰ BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Paris : Édition de Minuit, 1987, 229p, p. 103.

complétude, elles visaient déjà les buts de simplification, de modernisation et d'accessibilité du droit au plus grand nombre mais surtout, en mettant en œuvre une certaine idée du droit étatique dans la société, la codification "*sert l'unification du droit mise au service de l'unité de l'État*."⁹¹

Pierre Legendre parle de "*fondamentalisme de la Raison écrite*."⁹² Le rapport au "*c'est écrit*", est à la fois un fondement de la culture occidentale, mais également un rapport au pouvoir. Cependant, cet auteur considère que "*nous ne sommes pas encore armés pour appréhender la question du pouvoir de l'écrit, la culture occidentale ne se prêtant guère à un tel questionnement. Néanmoins, tout en restant à la surface des choses, il est possible de faire avancer notre connaissance de la problématique institutionnelle vers la prise en compte du juridisme comme phénomène d'écriture*."⁹³ L'écrit est un pouvoir que ceux qui le possèdent protègent. La mystique de l'écrit est une caractéristique de la classe des juristes. Elle est une pensée unifiante, protectrice, dans la mesure où l'écrit constitue un pouvoir dont personne n'a intérêt à dévoiler les secrets. "*Les codes sont, en France, l'expression du droit rationnel. Les codes sont, en France, les grands textes du droit étatique. La création du droit apparaît désormais, sans hésitation possible, l'affaire de l'État*."⁹⁴ La précocité de ce souci dans l'histoire juridique n'a pourtant pas empêché que le cheminement vers sa mise en œuvre effective soit laborieux. Ainsi, l'observation des processus de codification et d'unification qui aboutissent à "[ce] fameux code civil enfin mis au point après trois bons siècles de maturation"⁹⁵, apporte davantage d'éléments d'explication sur ce besoin d'écriture de la loi à la condition de se pencher sur les premiers pas de ces processus.

C'est par l'ordonnance de Montil-les-Tours, datée de 1454, que Charles VII entreprend de faire rédiger officiellement l'ensemble des coutumes. "*Le roi Charles septième se trouvant paisible en ce Royaume, après avoir chassé les Anglais, ordonna que par toutes les provinces coutumières les coutumes fussent arrêtées et rédigées par écrit, (...) et que par cet écrit serait la preuve des coutumes, avec défenses de ne plus recevoir la preuve par témoins en turbes, ni autrement que*

⁹¹ GAZZANIGA Jean-Louis, "Rédaction des coutumes et codification", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 26, PUF, 1998, p. 71-80, p. 72.

⁹² LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris : Fayard, 1988, 436p, p. 289.

⁹³ LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 292. (voir chapitre III : "Loi : du verbe lire, parce qu'elle a été écrite". Le fondamentalisme de la Raison écrite.)

⁹⁴ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p, p. 132.

⁹⁵ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard, coll. Les savoirs, 1992, 638p, p. 529.

par ledit écrit."⁹⁶ Cette entreprise se fait en associant les trois ordres de chacune des provinces et les Parlements, le dernier mot revenant le plus souvent au Parlement de Paris. L'objet était de permettre la connaissance de la coutume et de lui assurer un moyen de preuve sûr. L'autre objectif invoqué est d'"*abréger les procès*" et "*ôter toutes manières de variations et de contrariétés*"⁹⁷. Cette deuxième étape nécessaire n'est pas suffisante. Outre les difficultés posées par toute rédaction qui fige ce qui est censé rester souple, la disparité même des coutumes est mise en cause, dans un pays qui tend à s'unifier territorialement et politiquement. Le besoin d'un droit commun coutumier, dans un premier temps, annonce la codification à venir. L'ordonnance s'applique en théorie à tout le territoire, y compris à sa partie méridionale. Cependant, dans cette zone, la rédaction concernera seulement les coutumes déjà tombées en désuétude. Paradoxalement, malgré la volonté politique d'homogénéisation du droit, c'est à cette époque que la frontière entre les deux systèmes de droit sera la plus affirmée et atteindra sa limite définitive.

La tentative de 1454 ne sera pas achevée mais d'autres suivront. Ainsi, les ordonnances royales font l'objet de publications ordonnées. Les codes qui en résultent, code Henri III, Henri IV ou Louis XIII, n'ont généralement que peu d'autorité, mais l'intérêt que portent déjà les praticiens à leur réalisation souligne l'attrait pour cette forme de la loi. Le travail sur les ordonnances est complété par celui sur les coutumes dans la perspective d'"inventer" un droit coutumier unifié. Là encore, malgré les nombreux projets, notons l'initiative de la création d'une commission de rédaction à la fin du 15^e siècle et celle de Colbert qui préconise une vaste compilation du droit français allant dans le sens indiqué par Louis XIV qui entend "*réduire tout le royaume à une même loi, même mesure et même poids*."⁹⁸ Mais les projets n'arrivent jamais à leur terme et souvent, plus que d'unifier, ils exacerbent les contradictions entre coutumes et les querelles entre juristes. En effet, sur le fond juridique, la question de la rédaction des coutumes pose question aux juristes de l'époque comme d'aujourd'hui : dans quelle mesure la coutume peut-elle survivre à la rédaction ?

A propos du mouvement de rédaction et de codification, d'un point de vue théorique, se pose la question du moment où la coutume acquiert sa force juridique. Soit elle est acquise sans qu'une

⁹⁶ RIALS Stéphane, "Veritas Iuris. La vérité du droit écrit...", art. cit. note 77, p. 151 citant *Les coutumes du pays et duché Nivernois. Avec les annotations et commentaires de M^e Guy Coquille*, 3^e éd. Paris Denys de Cay, 1625, p. 6.

⁹⁷ CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier...", art. cit. note 7, p. 35, citant Ord. Des rois de France, XIV, p. 312-313.

⁹⁸ GAZZANIGA Jean-Louis, "Le code avant le code", BEIGNIER Bernard (dir.), *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, 224p, p. 21-32, p. 25.

reconnaissance formelle soit nécessaire, dans ce cas on peut parler de "*droit latent*"⁹⁹ ; soit la coutume n'existe qu'à partir du moment où elle est incluse dans un système de droit, le constat et la reconnaissance officielle étant alors des conditions nécessaires à son existence juridique. Entre ces deux conceptions, idéalisme et positivisme juridiques, Louis Assier-Andrieu et Jean-Louis Gazzaniga suggèrent une troisième voie. "*La coutume n'est dès lors plus considérée comme le produit statique d'un passé révolu, mais comme le visage d'une histoire en construction, le négatif, en quelque sorte, du progrès complexe des institutions de l'État.*"¹⁰⁰ Cette vision plus dynamique de la coutume est séduisante ; pourtant, en pratique, à l'époque qui nous intéresse, la coutume n'accède à ce statut qu'après sa reconnaissance par le Prince. Cet état d'esprit perdure en se renforçant au fil des siècles. Tant et si bien qu'à partir du 16^e siècle, l'exigence formelle est telle que la coutume rédigée hors du cadre officiel n'est pas reconnue. Cette situation nécessite quelques remarques relatives au statut de la coutume qui est pourtant caractérisée précisément par le fait d'être non-écrite.

Au cours de la période de rédaction des coutumes, mais avant leur mise en code, un glissement de terme s'est opéré entre usage et coutume. Si la coutume se devait d'être écrite, pour être "officialisée" par le pouvoir central, il n'en reste pas moins vrai que le contenu de la coutume est aussitôt "pris en charge" par ce que l'on nomme l'usage : l'usage prend le relais de la coutume parce que la coutume, une fois écrite, échappe aux populations. Rédigée, reconnue par le pouvoir, la coutume se métamorphose, change d'état et devient loi, son contenu est remplacé et réapparaît finalement dans l'usage. "*Il y a transfert de terme, la coutume non écrite étant désormais appelée usage et le terme coutume étant réservé au fruit des rédactions.*"¹⁰¹ L'usage est pris en compte par les juristes de l'Ancien Régime, mais son rôle se réduit à combler les interstices que la coutume ne réglerait pas. Étant donné que ceux-ci peuvent être importants, la "coutume-loi", dorénavant figée dans sa rédaction, cède la place à l'usage qui, assimilable à "l'ancienne coutume" dans son contenu, la remplace car il est intégré dans les pratiques et accepté par les populations. "*Le droit issu du peuple n'est pas seulement celui qu'il tire du passé, mais un droit qu'il sait aussi bien inventer que le législateur moderne (l'anthropologue sait bien que les mythes ont une histoire, se transforment et se créent à toutes époques ; l'historien du*

⁹⁹ ASSIER-ANDRIEU Louis, GAZZANIGA Jean-Louis, "A propos de la coutume...", art. cit. note 3, p. 13.

¹⁰⁰ ASSIER-ANDRIEU Louis, GAZZANIGA Jean-Louis, *ibidem*, p. 14.

¹⁰¹ VANDERLINDEN Jacques, "La coutume dans le droit français...", art. cit. note 89, p. 275.

*droit se souvient de l'adage médiéval "coutume se remue", preuve qu'elle n'est pas que la fossilisation du passé)."*¹⁰²

Le phénomène de remplacement de "l'ancienne coutume", dorénavant écrite, par "le nouvel usage", doit être interprété au regard du contexte de l'époque. En effet, la résistance aux coutumes écrites est d'autant plus compréhensible que l'analphabétisme est la règle à cette époque pour la majorité de la population. D'ailleurs, à cet égard, on peut souligner la contradiction à présenter la rédaction du droit comme un moyen de faciliter l'accès au droit alors que peu ont accès à l'écrit. On retrouve ici l'argument du pouvoir de l'écrit et de sa violence où la coutume devenue usage est *"l'arme des populations"* face au pouvoir. *"Et donc la coutume est enjeu d'une lutte, politique au niveau du royaume et personnelle au niveau local. Le bailli a tout pour lui sauf la connaissance de la coutume ; le peuple n'a plus que celle-ci pour tenir en échec le fonctionnaire royal. La perfection du pouvoir passe donc par le contrôle de la coutume, contrôle que l'écrit permet enfin aux lettrés de réaliser. La rédaction des coutumes est ainsi l'exécution légale organisée et planifiée de la source du droit qui incarne le peuple et se révèle irréductible aussi longtemps qu'elle n'est pas coulée dans le moule triomphant de l'écriture. Simultanément la classe juridique s'assure le monopole des sources du droit puisqu'aussi bien la masse du peuple est illettrée."*¹⁰³

Portalès lui-même n'avait pas occulté le rapport de force que permet le droit entre les groupes et le fait que le droit ne peut être figé, ni dans un code, ni dans tout autre texte ; il y fait allusion dans sa préface au code de 1804 en reconnaissant la difficulté de prendre en compte le plus fidèlement possible les pratiques juridiques et leurs mutations dans un texte qui ne peut prendre en compte l'extraordinaire mobilité et inventivité de ces pratiques. Et pourtant... *"Centre de*

¹⁰² ROULAND Norbert, *Aux confins du droit*, Paris : Odile Jacob, coll. Sciences humaines, 1991, 318p, p. 145. A propos des coutumes, la question de leur caractère conservateur ou au contraire progressiste et adaptable se pose. Elles sont souvent considérées comme frileuses, faisant référence à des usages anciens desquels il serait impensable de se détacher. Cette image conservatrice de la coutume peut être confrontée à un aspect plus innovant car la coutume peut également se montrer souple et moteur du changement. On pense notamment aux situations désignées comme étant de la "désobéissance civile" qu'analyse Hannah Arendt : *"Des actes de désobéissance civile interviennent lorsqu'un certain nombre de citoyens ont acquis la conviction que les mécanismes normaux de l'évolution ne fonctionnent plus ou que leurs réclamations ne seront pas entendues ou ne seront suivies d'aucun effet – ou encore, tout au contraire, lorsqu'ils croient possible de faire changer d'attitude un gouvernement qui s'est engagé dans une action dont la légalité et la constitutionnalité sont gravement mises en doute."* ARENDT Hannah, *Du mensonge à la violence, Essais de politique contemporaine*, (titre original : *Crises of the republic*), Paris : Calmann-Lévy, coll. Agora, 1972, 241p. (notamment le chapitre "La désobéissance civile" p. 53-105), p. 76. Quoique la thématique relève de la science politique, elle nous semble tout à fait être traduisible en termes juridiques si l'on considère que ces actes sont des coutumes *contra legem* d'une loi antérieure et qu'ils mettent en jeu la légalité dans son rapport à la légitimité du droit aux yeux des populations qui y sont assujetties.

¹⁰³ VANDERLINDEN Jacques, "La coutume dans le droit français...", art. cit. note 89, p. 289.

gravitation de tout le système de formalisation juridique, la loi représente le dogme initial, héritage d'une expérience ancestrale, prolongé par le Droit public français élaboré depuis la Révolution de 1789. (...) La Loi, devenue expression de la volonté générale, acquiert de ce fait une "propriété magique" (Vedel)."¹⁰⁴ Ainsi, outre le fait qu'elle fut devenue nécessaire en terme de lisibilité juridique, l'unification sous forme législative codifiée était devenue inévitable et ce, alors même que le caractère illusoire de la codification fut reconnu.

3) Rationalité, égalité et droit naturel dans le processus de codification

Outre les motivations de techniques de simplification de la vie juridique, d'autres revendications tendaient vers la lutte contre les particularismes tenant aux territoires et aux privilèges. Ces mouvements concouraient à l'unification par le pouvoir législatif. L'élaboration du code est possible si, et ce fut le cas, *"le pouvoir est résolu (et assez fort pour) surmonter la résistance qu'il va rencontrer ; le pouvoir a choisi d'adopter des règles d'ensemble, à caractère non casuistique, non fragmentaire et non provisoire ; ces règles d'ensemble ont déjà été élaborées et réparties dans un ordre systématique par une doctrine prestigieuse et homogène (un seul juriste ne pourrait le faire)."*¹⁰⁵ Cependant, deux oppositions apparaissaient : celle des possesseurs du pouvoir de l'écrit face aux populations illettrées nombreuses au moment des mouvements de codification, et celle du pouvoir politique à l'encontre des juristes. Concernant cette dernière opposition, il s'agissait pour l'autorité politique de *"détrôner le droit universitaire et scientifique"* afin de prendre à son profit *"l'inauguration du règne du positivisme juridique."*¹⁰⁶ Sur ce point, le travail de codification était d'autant plus complexe qu'il mettait en jeu les fondements mêmes du contenu donné au droit codifié.

Les expériences des siècles précédents qui avaient tenté de rassembler les différents établissements, ordonnances et autres textes émanant du pouvoir, ont servi de modèles pour les codificateurs. Notons que les différents acteurs juridiques ont participé à l'ouvrage. En effet, si ceux proches du pouvoir ont naturellement été sollicités, n'éludons pas le rôle moins remarqué mais pourtant effectif des praticiens du droit qui, en participant aux débats, ont pu influencer l'esprit des travaux. Ainsi, les avocats, par leur connaissance de la pratique et des problèmes qu'elle pose, ont très tôt été sensibilisés aux commentaires et à la comparaison entre les différents droits en présence (droit romain et droits coutumiers devenus dans certains cas la coutume

¹⁰⁴ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 95, p. 397.

¹⁰⁵ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique*, op. cit. note 94, p. 133.

¹⁰⁶ SACCO Rodolfo, *ibidem*, p. 132.

rédigée et certifiée de droit français) afin d'en tirer les avantages respectifs. Ce qui nous importe dans leur participation au mouvement de codification est relatif à leur connaissance des coutumes qui serviront comme matière première de la codification définitive. A la veille du 19^e siècle, les projets plus aboutis voient le jour mais n'iront pas à leur terme. Il en est ainsi des arrêtés de Lamoignon, Premier président du Parlement de Paris, qui recherchait plus l'unification que l'uniformisation des coutumes, ou encore les efforts du Chancelier Daguesseau pour améliorer les institutions judiciaires et harmoniser les jurisprudences des Parlements régionaux.

La tendance à l'unification ne se rencontre pas seulement dans le groupe des juristes. Elle se manifeste également chez les philosophes qui mettent l'accent sur la complexité et les contradictions que provoque le grand nombre de coutumes. A cela s'ajoutent les commentaires qui nous intéressent sur le décalage existant entre ce qui est enseigné à la faculté de droit et les pratiques juridiques. Denis Diderot fait un bilan acerbe du contenu des enseignements, sa critique vise en particulier le droit romain. "*De quoi s'occupe-t-on donc ? On s'occupe du droit romain dans toutes ses branches, droit qui n'a presque aucun rapport avec le nôtre !*" Cette attitude n'est pas isolée et reflète nombre de positions. Au moment de la codification, l'état d'esprit des juristes consiste à se départir explicitement des solutions du droit romain, en y restant fidèle cependant en ce qui concerne la forme puisque le Code civil reprend le fameux plan de Institutes romaines.

Sur le fond, la pensée juridique des 17^e et 18^e siècles est influencée par les courants humanistes et naturalistes qui accroissent le rôle de la notion de droits subjectifs dans les conceptions positivistes du droit. La complexité des relations de ces deux courants qui proposent une conception du monde, et par-delà, l'organisation juridique de la société, réside dans leur étroite relation, et même imbrication, dans les travaux législatifs post-révolutionnaires. Ainsi, si le Code est considéré comme le monument du positivisme, il n'en a pas moins été largement influencé par l'esprit naturaliste dont les auteurs ne pouvaient d'ailleurs à cette époque que très difficilement s'affranchir. Par exemple, le juriste Domat, à l'origine de la première synthèse importante du droit français et considéré comme le précurseur de ce qui sera l'esprit du Code, ne cache pas ses intentions dans son essai *Les lois civiles dans leur ordre naturel* en 1689. Si cet auteur annonce le mouvement de codification, au 18^e siècle, la plupart des juristes et philosophes s'inscrivent dans le courant de l'école du droit naturel. Plusieurs arguments se dressent contre la complexité du droit français dont la profusion des coutumes serait la cause. La codification

bientôt synonyme d'unification, est prônée au nom de la rationalisation, sous l'égide des principes naturalistes. De quoi s'agit-il ?

L'ensemble des coutumes qui pour certaines ont déjà fait l'objet d'un travail de codification, est la matière première des travaux. *"Même dans les domaines où elle est appelée à intervenir, la loi doit au plus haut point tenir compte des coutumes du peuple qu'elle régit : les solutions que l'expérience séculaire d'une multitude tient pour justes sont d'ordinaire préférables à celles promulguées par un législateur quelconque, aussi sage soit-il."*¹⁰⁷ Mais dans le même temps, l'esprit des juristes est mû par les courants philosophiques et politiques qui se développent à l'époque où l'individu et les droits auxquels il est censé pouvoir recourir, connaissent un nouvel essor, en théorie. En théorie seulement en effet, car ces grands principes connaissent des nuances dans la pratique. La première renvoie au décalage entre le discours et les pratiques vécues effectivement par les populations. La seconde concerne la généralité de ces grands principes. Il est question de l'individu et des manières dont il peut jouir des droits qui lui sont reconnus dorénavant... Sauf que, visiblement, chaque personne ne bénéficie pas également de ce statut : l'égalité de ces droits est théorique. Cette ambiguïté est lourde de conséquences au regard des interprétations et des applications qui sont à suivre. De plus, le courant idéologique tendant vers l'unification qui traverse la scène politique et juridique, n'est pas approuvé par tous les acteurs. Les Parlements n'ont pas spécialement appuyé ce mouvement : l'émergence d'une jurisprudence unifiée, comme le projetait un Daguessau par exemple, contribuait à la disparition de leur liberté d'action et de leurs privilèges.

En outre, en ce qui concerne la position de ce qui ne s'appelle pas encore "l'opinion publique", elle ne participe pas activement au débat public. Les seuls éléments qui pourraient nous fournir quelques indications sont contenus dans les cahiers de doléances, mais ceux-ci reflètent davantage la position des notables – la plupart du temps les professionnels du droit qui ont participé à leur rédaction – que réellement celle des populations. La Loi est, dans l'esprit des juristes qui préparent l'unification des coutumes par leur codification, l'instrument idéal de la rationalisation du droit. *"C'est la théorie politique qui a légué aux juristes le mythe de l'égalité par la légalité."*¹⁰⁸ Le souci affiché d'égalité se manifeste par les revendications anti-particularistes, à l'origine des résistances des Parlements, mais également par la suppression de tous les intermédiaires entre l'individu et l'État. Cette "construction" d'une relation directe a

¹⁰⁷ SÉRIAUX Alain, *Le droit naturel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ? 128p, p. 31. (voir l'approche de Saint-Thomas)

¹⁰⁸ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1999, 349p, p. 175.

naturellement des objectifs politiques, mais elle va aussi dans le sens d'une rationalisation des rapports entre société et État. *"Le rationalisme de la Loi est inséparable de l'aspiration collective à l'égalité. Cette conception abstraite de la Loi s'articule avec l'équation politique, qui "ne comprend que deux termes : l'individu et l'État, un infiniment petit et un infiniment grand."*¹⁰⁹

La logique de codification est sous-tendue par des raisons politiques qui parfois ne peuvent se mettre effectivement en œuvre, parce que cette logique opérerait une rupture trop violente et en définitive non acceptable. L'acte de codification permet, dans la continuité de nos questions sur la force de l'écrit de la loi, d'évoquer les enjeux de l'écrit, notamment à travers le jeu des interprétations qui en découle : *"Transaction entre droit écrit et les coutumes (Portalis), transaction entre différents auteurs (reconnaissance de l'origine doctrinale du code), transaction entre tendance empirique (positiviste, conservatrice) et tendance naturaliste (moderne)."*¹¹⁰ La codification n'est pas neutre¹¹¹. Le codificateur dit ne pas légiférer et s'en défend suffisamment auprès du législateur véritable. Mais il légifère, à moins qu'il n'existe *"un pouvoir de modification du droit qui n'est pas un véritable pouvoir normatif"* comme semble le suggérer Gérard Timsit¹¹². Dans ce cas, le changement de signification qui intègre de nouvelles valeurs sociales majoritaires par l'opération de codification, s'apparente, non pas à une transgression, mais à ce qu'il appelle une *"transdiction"*, opération par laquelle un nouveau droit n'est pas créé mais dit différemment. Pour nous, ces nuances sont essentielles car elles confirment l'importance de l'environnement culturel juridique et la nécessité d'adaptation des normes à ses transformations. Cependant l'impact de la codification n'est pas si évident. Et ce, même chez ceux qui s'y sont pourtant fortement impliqués. *"Tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre, tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre... Ce serait une erreur de penser qu'il peut exister un corps de lois qui eut d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen."*¹¹³ Cette réflexion de Jean

¹⁰⁹ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 95, p. 398.

¹¹⁰ SACCO Rodolfo, *ibidem*, p. 134.

¹¹¹ Pierre Legendre fait une comparaison avec la codification en droit administratif qui n'a pas eu lieu ; il fait état des raisons qui ont présidé à l'échec de la codification et du lien entre les deux droits. *"L'enjeu des discussions sur la notion même de droit administratif était politique. Tout le libéralisme s'y trouve impliqué puisqu'il s'agissait de définir la lisière des domaines absolument distincts : les droits individuels, au premier rang desquels figure la propriété, et les prérogatives à reconnaître aux différents pouvoirs publics."* LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, op. cit. note 95, p. 530.

¹¹² TIMSIT Gérard, "La codification : transcription ou transgression de la loi ?", *L'archipel de la norme*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 252p, p. 145-159.

¹¹³ PORTALIS J.E.M., *Discours préliminaire au Projet de l'an VIII* dans Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, I, cité par GAZZANIGA Jean-Louis, "Rédaction des coutumes et codification", art. cit. note 91, p. 80.

Étienne Marie Portalis dans son discours préliminaire ne peut que nous suggérer de discuter la portée de la rationalité écrite, notamment en considérant ses limites et les autres voies possibles.

B : Écrit et interprétations : les limites de la rationalité

La codification n'est jamais innocente. Elle est parfois présentée seulement comme un ordonnancement du droit en vigueur, on parle alors de codification à droit constant. Est-ce possible, voire même pensable ? Nous avons suggéré, sans en tirer l'implication jusqu'à son terme, la force du pouvoir de l'écrit. C'est pourquoi, même si présentée à droit constant, la codification n'est pas si éloignée de l'acte de légiférer. Dans ce sens, Gérard Timsit considère que la codification est une double modification : *"l'une visible et revendiquée, l'autre invisible et occultée, quand elle n'est pas niée."*¹¹⁴ La transcription, parce qu'elle s'accompagne nécessairement d'une réécriture, est une transgression. Les limites de la rationalité s'expriment à deux niveaux. Le premier concerne l'acte de réécriture que constitue la codification (1). L'autre aspect qui attire notre attention est le moment de l'interprétation, en particulier, le rôle du juge lors de l'exégèse de la loi. Ces deux aspects se lient par la caractéristique de *"solitude"*, élégante et juridiquement pertinente, que Gérard Timsit attribue au Texte, donc à tout objet de codification (2), ce qui pose la question de la rationalité de la Loi au regard du Droit (3).

1) Rationalité illusoire de la codification

Les législateurs-codificateurs et tous ceux qui participaient à ce mouvement d'unification ont ouvertement revendiqué et souhaité tendre vers plus de rationalité. Ils y ont cru, et dans le mouvement de la pensée occidentale, ce fut un passage pour se départir des "anciens" (régimes, auteurs ou courants de pensée...) et de ce qu'on croyait être une connaissance confuse. C'est un fait. Mais le résultat de tous ces efforts a-t-il revêtu les caractères tant escomptés ? En d'autres termes, le contenu du Code était-il si rationnel ? Sur la forme, on peut l'admettre, en reprenant, d'ailleurs, dans ses grandes parties, les divisions conceptuelles pourtant décriées de Gaius. Mais sur le fond et l'esprit des recommandations, qu'en est-il vraiment ? Certains émettent l'hypothèse que rationalisme et unité sont plus une illusion qu'une réalité. Dans ce cas, grand est le rôle des interprétations des contemporains pour renforcer l'illusion. Mais après tout, c'est justement cette distance entre discours et représentations qui attire notre attention dans cette étude sur le rôle des mythologies de nature juridique. L'hypothèse que nous posons spécifiquement ici se résume en quelques mots. La codification et tous les caractères qui lui sont attribués ne sont peut-être

¹¹⁴ TIMSIT Gérard, "La codification : transcription ou transgression de la loi ?", art. cit. note 112, p. 147.

qu'une construction qui s'est élaborée au fil des générations de juristes qui n'ont lu et retenu que ce qui les intéressait pour faire prospérer cette mythologie.

Voyons si quelques éléments vont dans ce sens. Pour ce faire et pour initier nos commentaires, penchons-nous sur la position énergique de Rodolfo Sacco qui relit la codification au regard de sa supposée rationalité. Une fois n'est pas coutume nous proposons une longue citation – la tronquer rendrait le raisonnement de l'auteur illisible. "[La] vérité n'était pas celle que percevait, de façon illusoire, la doctrine de l'époque. En premier lieu, si le Code civil est lacunaire, les lacunes existaient déjà dans la période en question, et les interprètes devaient, de toute évidence, disposer d'un remède pour les combler. Ajoutons qu'il suffit de feuilleter les ouvrages de l'époque pour remarquer la surabondance de renvois aux coutumes, aux ordonnances royales et surtout aux sources romaines. Et une donnée beaucoup plus importante a échappé, jusqu'ici, à l'attention des savants. Bien souvent le juriste s'abstenait de citer la lettre de la règle romaine, mais en la faisant revivre en le dissimulant – c'est-à-dire, en la réduisant à un cryptotype, dont il faisait descendre toutes les conséquences qui étaient la raison. (...) Le silence du code permettait de maintenir dans leurs fonctions, sans le dire, et en se réclamant toujours des purs principes de la raison, des règles germaniques. (...) Il est vrai que le code même a l'allure du monument dressé à la rationalité, qu'il utilise donc des concepts, après les avoir définis solennellement. Mais l'importance de ces définitions est illusoire. Certains concepts ne sont pas définis : droit subjectif, droit réel, obligation. D'autres correspondent à une formule vide : telle la propriété, qui est le droit de faire ce qui n'est pas interdit. (...) Dans un pays où le drapeau du droit n'est pas porté par le théoricien, le juriste ne perçoit pas ces inconséquences, et en tout cas il ne les trouve pas scandaleuses : lorsqu'il adopte un concept, il voit en celui-ci le résumé d'une règle ; la règle, logiquement, peut comporter des exceptions sans que cela soit contradiction avec sa nature ; et les "concepts" français acceptent que le juriste les érode – et, en l'occurrence, les vide – au moyen des exceptions."¹¹⁵ On peut se demander alors, pourquoi ce besoin de rationalité et de codification ?

De façon paradoxale, le fait de les revendiquer à ce point pourrait être justement l'aveu d'une impossible rationalité, comme si l'institution du Code était justement là pour suppléer aux limites de la rationalité. Selon Michel Villey, "*les règles de cette logique stricte sont d'un usage restreint dans le droit ; du moins elles n'y sont applicables qu'avec toutes sortes d'additions, de*

¹¹⁵ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique*, op. cit. note 94, p. 137-139.

tempéraments, de réserves ; de sorte qu'on ne peut jamais s'y fier, qu'on aurait tort de s'y livrer et d'y consacrer trop de temps". (...) Il est clair que M. Villey n'a pas voulu écrire que les règles de la logique formelle n'étaient pas valides. Ce qu'il affirme, c'est que la soumission du raisonnement juridique à la logique présente un danger, une déviation, "le mariage contracté entre le droit et la logique déductive ne fut pas des plus réguliers." (...) Comment peut-on à la fois soutenir que la logique formelle joue un rôle secondaire dans la pensée juridique et mettre tant d'énergie à conjurer une intrusion de ses syllogismes dans la résolution des conflits ? N'est-ce pas que confusément apparaît l'idée que cette logique, dite formelle, a toujours polarisé, fasciné même, les tenants du discours juridique".¹¹⁶ Ce commentaire nous suggère lui aussi de se méfier de la rationalité présentée comme inhérente au texte de droit. Ces différents auteurs qui hésitent à reconnaître une rationalité nette, affichée dans le corps des lois, soulignent chacun à leur façon que la rationalité serait davantage une chimère, une aspiration vers laquelle les occidentaux (certains occidentaux), juristes ou non, se seraient sentis attirés, parce que fascinés. Une fascination qui s'est peut-être atténuée par la suite – notamment dans le contexte scientifique du début du 20^e siècle dont la théorie de la relativité peut être présentée comme l'emblème de ce nouvel état d'esprit¹¹⁷ –, mais dont il reste des vestiges tenaces. Et pourtant, le texte de loi peut être l'objet de multiples lectures, donc interprétations, selon les contextes socio-politiques qu'il peut rencontrer.

2) "Solitude du texte-loi" et interprétations

L'existence de différents codes culturels altère, au sens de rendre "autre", l'interprétation du texte initial. Ce n'est d'ailleurs pas seulement lié à la codification. Le phénomène peut être élargi à de nombreux textes normatifs anciens, nichés dans un code culturel historiquement ancré. La notion de code culturel, proche de ce que nous appelons la culture juridique, est constitué des

¹¹⁶ VILLEY Michel, "Liminaire : données historiques", *Archives de philosophie du droit. La Logique juridique*, 1966, vol. XI, p. VII cité puis commenté par LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, op. cit. note 83, p. 185-186.

¹¹⁷ La présentation des logiques classiques du raisonnement peut être complétée par des logiques moins influencées par la pensée d'Aristote, proposées par les sciences humaines mais aussi naturelles. Cette affirmation prise sous l'angle de vue de la logique juridique est commentée par Gérard Timsit. Il mentionne la notion de dialogisme, relevant du vocabulaire linguistique et reprise par Julia Kristeva dans l'étude des romans polyphoniques. "*Ce concept de dialogisme – emprunté à la sémiologie – pourrait être transposé dans l'étude des systèmes de droit. Parce que le roman polyphonique relève à certains égards de la même logique que le discours juridique à l'intérieur des systèmes de droit intransitifs : parce que se substitue au modèle linéaire monologique à l'œuvre dans les systèmes transitifs un modèle tout différent où la vérité n'est plus une vérité absolue, découlant linéairement, syllogistiquement, d'une source unique, mais "une vérité plurielle" et changeante.*" Or, dans la logique aristotélicienne "*il s'agit de signifier la vérité, et il n'est qu'une vérité. (...) Qui donc pourrait s'en étonner, s'agissant de la logique monologique à l'œuvre dans des systèmes de droit transitifs où l'État est magnifié, la Raison souveraine, la Nature posée comme absolu ou Dieu à l'origine de toute norme...*" TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 205p, p. 119-120.

*"principes, valeurs, croyances, idées, pratiques ou usages des membres d'une collectivité."*¹¹⁸ Ce code culturel, dans toute sa permanence, est voué à muer et implique des modifications dans la façon d'interpréter la loi, codifiée ou pas. Au code culturel, Gérard Timsit associe l'idée de *"solitude du texte"*. Citant Maurice Blanchot, il parle de *"l'essentielle solitude"* dans laquelle s'installe le texte et l'applique au phénomène de codification. *"Il s'établit dans une triple autonomie au moins : par rapport à l'intention de son auteur (le texte s'est détaché de lui, et – désormais – lui échappe : les mots de l'auteur prennent un sens autre que ceux, ou celui, que l'auteur a voulu) ; autonomie, également, par rapport au public auquel ce texte était primitivement destiné par son auteur (la signification qu'a pu revêtir ce texte aux yeux des destinataires de l'époque à laquelle il a été écrit n'est pas figée) ; autonomie, enfin, par rapport aux circonstances économiques, sociales, culturelles de la "production" du texte, qui ont pu, à la rigueur, lui donner son contenu, mais ne sauraient en limiter les significations possibles au seul contenu "produit" par les circonstances de l'époque."*¹¹⁹

Concrètement, ces deux aspects, l'influence du code culturel et la *"solitude du texte"*, font que, dans la codification, il y a nécessairement une relecture. Les difficultés que présente l'exégèse d'une loi sont alors amplifiées, car l'interprétation doit, pour ainsi dire, être double : à ce que voulait dire le législateur originel s'ajoute ce que dorénavant veut dire le codificateur actuel. Et ce, même si, de bonne foi, ce dernier revendique sa fidélité au texte et s'efforce de dire pour l'essentiel la même chose que son prédécesseur. *"Avec la codification, c'est-à-dire l'intégration de la loi dans un ensemble normatif totalement refondu, on supprime radicalement tout lien entre la loi et son auteur. Il n'est plus possible – en tout cas, il devient difficile, et de toutes façons encore plus difficile qu'auparavant – de référer la loi à son auteur originel : "anonymisation" de la norme qui, détachée de son auteur, se trouve désormais fondue dans un ensemble homogène certes, systématique sans doute, rationnel bien sûr, mais totalement délié de son environnement."*¹²⁰ Ce mécanisme peut être illustré par de multiples exemples. L'un des plus marquants qui montre comment un même texte peut être reçu et lu différemment au cours de sa vie juridique concerne la lecture de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : prônant un droit de propriété individuelle et privée, ce texte a aussi, ironie de l'histoire dirions-nous, été l'un des fondements des nationalisations de 1982 en France.

¹¹⁸ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, op. cit. note 112, p. 29.

¹¹⁹ TIMSIT Gérard, *ibidem*, p. 17.

¹²⁰ TIMSIT Gérard, *ibidem*, p. 152.

Avec Gérard Timsit, on ne peut que constater que la loi-texte *"est autonome, superbement seule et offerte à la lecture des générations successives, qui continuent de s'y soumettre, de s'y trouver, par delà les changements historiques et la volonté primitive de ses auteurs, le fondement de leurs libertés et de leurs institutions nouvelles."*¹²¹ Cet état de fait nous permet sans réelle difficulté d'affirmer que la rationalité des textes, des lois et des codes de toute nature contient une rationalité à la mesure des interprétations possibles dont le juge pourrait être à l'initiative, si ce rôle lui était permis. Or, *"il n'est pas exagéré de dire, que pour le juriste français, la loi est première et le droit second. C'est parce qu'il y a des lois qu'il y a du droit."*¹²² Les rôles réservés respectivement au juge et au législateur traduisent le rapport au droit et à la loi. Ce rapport n'est pas universel. La représentation du droit et de la loi connaît des différences sensibles, y compris sur le continent européen, entre culture juridique de Common Law et romano-canonique. Il nous paraît important, pour conclure ce développement consacré au processus de codification et d'unification du droit en France, de montrer que ce phénomène n'est pas le seul envisageable. L'intérêt pour cette question s'explique d'une part pour montrer la diversité des cultures juridiques et leur élaboration liée au contexte social religieux et politique ; mais également pour annoncer et préparer nos développements relatifs au bijuridisme canadien où les deux cultures juridiques européennes cohabitent.

3) Le Droit et la Loi : deux mentalités juridiques

L'existence de deux mentalités ou cultures juridiques à l'intérieur de l'espace européen se conçoit mais n'est pas facile à illustrer de manière évidente, dans la mesure où les représentations qui les composent sont une multitude d'impressions, de manière de voir et concevoir les relations juridiques. Pour une illustration de ce phénomène, Pierre Legrand rapporte les considérations de l'avocat anglais Charles Cooper au 19^e siècle sur les codes et autres Digestes qui *"ne sont pour lui qu'autant de formes synthétiques de spéculation (où l'on mesure encore qu'une tradition juridique et l'outillage mental qu'elle rend possible interdisent certains types de production intellectuelle) : "Comment peut-on former d'avance un code destiné à régler les transactions à venir d'un peuple ? Ne faudrait-il pas tous les ans abroger une partie considérable des lois, et leur en substituer d'autres plus conformes aux mouvements continuels qui ont lieu ?"*¹²³ Certains juristes britanniques ont tenté d'importer l'idée de code, sans succès. Ainsi, Blackstone a tenté de proposer une organisation du Common Law autour du plan des Institutes de Justinien.

¹²¹ TIMSIT Gérard, *ibidem*, p. 25.

¹²² ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1999, 349p, p. 169.

¹²³ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris : PUF, Que sais-je?, 1999, 128p, p. 45.

Sans succès : son projet de réhabilitation du droit romain n'a pas fait école. *"Le droit anglais a choisi dès le XIII^e siècle, de se mettre à l'abri de la mentalité romaniste. Première manifestation d'un nationalisme juridique. (...) L'appréhension de ce refus de la romanité et, à compter du XVI^e siècle, du romanisme – qui va même, chez certains auteurs, jusqu'à nier l'existence d'une conquête normande au XV^e siècle et, par-là, l'introduction d'un droit normand en Angleterre – demeure essentielle à un entendement bien informé de la spécificité du Common law (...)."*¹²⁴

Alain Boureau qui étudie la réception du droit romain par les moines anglais note que ce droit y est considéré *"comme expression d'une tyrannie et non comme la manifestation d'une prestigieuse nouveauté culturelle."*¹²⁵ D'autre part, signalons également que, contre toute attente, *"les communautés monastiques anglaises furent exposées, plus radicalement et plus tôt que sur le Continent, à l'évolution rapide du droit au XII^e siècle"*¹²⁶, en raison de leurs relations intenses avec l'Italie pontificale. *"En ce sens, les manifestations contemporaines de la pensée romaniste apparaissent, vu l'importance qu'elles accordent au système, à la logique, au droit subjectif, à la règle et au raisonnement abstrait et qu'elles ne concèdent ni au passé ni au fait, comme autant de variations sur un thème commun, soit celui de l'organisation conceptuelle du droit civil par Gaius"*¹²⁷, dans la classification duquel les praticiens de Common Law ne se reconnaissent pas.

Ainsi, la rationalité est également présente dans les droits non codifiés de Common Law qui dans ce sens est la manifestation d'une autre logique. *"Le juge anglais se veut fidèle à la ratio de la règle de droit ; cette ratio n'est pas celle de telle ou telle décision ponctuelle mais plutôt celle de la Common law tout entière qui s'inscrit dans l'horizon de la perfection et de la raison. Une telle idée d'inafaillibilité n'est pas référée à un homme ou un cas précis mais bien à cette sédimentation de sagesse que produit la succession des multiples autorités dans le temps. La fidélité à cette rationalité permet la rénovation des solutions juridiques, tout en les gardant des funestes innovations."*¹²⁸ Le caractère du droit et d'une culture juridique reflète également une certaine culture politique du pouvoir et nous pourrions aller plus loin, cela reflète une culture tout court : le besoin de loi, écrite, sur laquelle on peut compter, manifeste peut-être une crainte de l'arbitraire chez les Français. Ce besoin de l'écrit est en effet symptomatique du manque de confiance. *"Le droit français, puisant une doctrine du roi législateur aux sources lointaines du césaropapisme, contraste avec le droit anglais fondé sur la coutume et la confiance. (...) Les*

¹²⁴ LEGRAND Pierre, *ibidem*, p. 45.

¹²⁵ BOUREAU Alain, *La loi du royaume. Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise (XI^e-XIII^e siècles)*, Paris : Les belles lettres, 2001, 355p, p. 113.

¹²⁶ BOUREAU Alain, *ibidem*, p. 103.

¹²⁷ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, op. cit. note 123, p. 93.

¹²⁸ LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison*, op. cit. note 83, p. 239-240.

Français croient au droit écrit, au droit romain, un droit aux arêtes dures, fondé sur la méfiance, le réalisme, le pessimisme."¹²⁹ En considérant que la différence entre les deux cultures juridiques va bien au-delà des caractères juridiques, mais concerne également des aspects politiques et sociaux, il n'est pas étonnant de repérer des distinctions dans tous les domaines concernant l'organisation de la société. *"La profondeur de la différence fondamentale et irréductible entre les mentalités romaniste et de Common law se révèle peut-être plus nettement encore lorsqu'on appréhende celle-ci comme deux moralités. (...) Les deux formes de moralité rendant compte de la vie morale du monde occidental."*¹³⁰

Une des notions juridiques caractéristiques de ce monde concerne la propriété. Cette distinction de mentalité juridique entre droit civil et Common Law se retrouve dans les représentations propres à la propriété. Avant de se pencher sur le contenu de cette distinction, à propos de la fiducie québécoise et de s'interroger sur l'existence d'autres conceptions et leur nature dans le cas du Sénégal, avant donc de dérouler les développements de notre projet initial de mise en relation des différentes cultures juridiques, il est indispensable de détailler le processus d'élaboration de la culture juridique relative à la propriété en France où "[les] limitations les plus vexatoires imposées à la propriété, ainsi que les transferts de propriété à l'État, n'entrent pas en collision avec les règles de l'article 544, qui définit la propriété. (...) La propriété y est définie comme le pouvoir de faire ce qui n'est pas interdit par la loi ou le règlement. Inexplicablement, cette définition tautologique, où aucune garantie contre la loi et le règlement n'est prévue en faveur du propriétaire, a été considérée comme la "magna carta" de la propriété bourgeoise."¹³¹ La notion de propriété moderne du Code serait alors fondée sur une absence, une lacune de définition juridique ? Tenir de tels propos exige des explications. Pour cela, un détour historique permettra de mieux cerner la mécanique de ce processus de "sabotage théorique" d'une notion pourtant primordiale de notre droit. C'est cette démarche que nous proposons dans le deuxième chapitre de ce titre relatif à la présentation du modèle juridique que nous examinerons ensuite lors de sa diffusion et réception dans la deuxième partie de notre travail.

¹²⁹ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, op. cit. note 123, p. 39.

¹³⁰ LEGRAND Pierre, *ibidem*, p. 88-89.

¹³¹ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique*, op. cit. note 94, p. 135. Art. cit. 544 du Code civil : *"La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements."*

Chapitre 2 : Représentations, terre et droits de propriété

La notion de propriété peut être appréhendée de différentes manières ; cependant, dans une perspective analytique, nous privilégierons les aspects de techniques juridiques et les pratiques qui en découlent. Nous avons montré que l'unité du droit fut un long processus. L'objet de ce chapitre est d'en donner une illustration, par celle de la propriété de la terre. L'étude de l'espace public et du pouvoir, au sens de souveraineté, est centrale pour comprendre les questions relatives aux prises de terre et aux successions d'État développées dans le cadre des colonisations. Pour appréhender le contenu du Code civil sur les thèmes relatifs à la propriété, il paraît essentiel de rappeler l'état d'esprit juridique qui a influencé les rédacteurs au début du 19^e siècle. Cet esprit s'est forgé très progressivement, influencé par les pratiques coutumières et par la redécouverte de textes juridiques romains qui a profondément marqué les juristes médiévaux pour interpréter les cadres et les rapports de la féodalité. Cette fascination pour ce qu'on a appelé la renaissance du droit romain ne s'est pas produite sans adaptation à la réalité sociale et juridique de l'époque ; de plus, certaines interprétations ont été le résultat de lectures hasardeuses. Nous ferons un détour historique pour tenter de sonder les pratiques de gestion des différents types de terres, censive, fief, domaine public, et alleu (section 1). Ce détour nous importe pour deux raisons principales : illustrer la pluralité des pratiques relatives au sol et montrer la mutation de ces pratiques. Nous sommes au cœur de la relation paradoxale entretenue entre représentations et culture juridique, les premières offrant une certaine possibilité d'adaptation des pratiques, au sein d'une culture juridique pourtant solidement assise. Ensuite, seront abordées les conséquences de ces interprétations sur l'écriture et la compréhension du Code et le contenu de l'article 544 qui permet d'illustrer ce que nous appelons les mythes juridiques relatifs à la propriété privée (section 2).

Section 1 : Héritage romain du droit de la terre

Nous avons évoqué le décalage qui existe entre réalité et objet de recherche. Il prend toute sa mesure à propos de la question de la propriété. Le concept a fait l'objet de multiples déformations de générations en générations de juristes. Les différentes lectures du droit de propriété reviennent à poser les quelques jalons de l'histoire de cette notion. Dans ce grand ensemble juridique de la propriété, nous soulignons deux éléments en particulier, la construction historique du domaine public au travers des interprétations médiévales (§ 1), puis, la portée du domaine public par rapport aux autres modalités d'occupation de la terre où il s'agira d'analyser les outils juridiques et de démontrer les mécanismes d'évolution et d'adaptation des constructions juridiques relatives à la propriété (§ 2).

§ 1 : Interprétations féodales du lien à la terre pendant la période médiévale

La période féodale est ici envisagée sous un angle de vue juridique en soulignant comment le droit en matière foncière a émergé puis s'est transformé¹. A partir du 12^e siècle, époque de la découverte des textes juridiques romains du Bas-Empire, les juristes médiévaux vont puiser dans les principes du droit romain de Justinien pour élaborer la théorie du double domaine, ou domaine divisé, fondement de l'organisation foncière pendant la féodalité. Ainsi, le mécanisme du fief et de la censive découle de l'emphytéose et des interprétations qu'en ont fait les

¹ Il ne s'agit pas pour nous ici d'exposer la société féodale dans son ensemble – des auteurs l'ont fait puissamment avant nous – en s'interrogeant sur les considérations économiques et sociales incontournables de la période médiévale ; ses éléments socio-économiques ne sont pas l'objet principal de notre étude. Ce que les historiens du droit appellent la féodalité au sens étroit du terme désigne "*les rapports de dépendance [qui] se sont concrétisés par une fidélité prêté solennellement, accompagnée du rite spécifique de l'hommage, le tout mis fréquemment par écrit, surtout dans le Midi. Cette fidélité était récompensée le plus souvent par l'octroi ou la confirmation d'un bien foncier dont le type même est la seigneurie qui renferme des éléments de la puissance publique qui font de l'institution l'un – et non le seul – des éléments de l'exercice de la souveraineté.*" Le droit féodal regroupe "*les règles qui président à la formation et à l'extinction de ces liens personnels ainsi que les problèmes soulevés par l'octroi, la récupération, l'aliénation ou la transmission héréditaire du fief ou par la détermination des services, de nature principalement militaire, dus par le vassal.*" GIORDANENGO Gérard, "Coutume et droit féodal en France (XII^e-milieu XIV^e siècle)", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 219-225, p. 220. Jusqu'à la fin du 12^e siècle, les difficultés sont résolues au cas par cas par convention, elles sont complétées par les coutumes. Au 13^e siècle, le droit féodal apparaît comme un droit à la fois conventionnel et coutumier, où l'imitation des pratiques voisines, "*par réseaux de relations juridiques*", est importante. Ce rapport entre le droit féodal et le fait coutumier est analysé par Gérard Giordanengo, en particulier pour déterminer s'il s'agit d'un droit conventionnel ou coutumier. Pour cet auteur, "*l'ensemble des institutions n'a jamais atteint une cohérence satisfaisante si ce n'est dans les œuvres des praticiens ou des théoriciens souvent postérieurs à l'époque médiévale.*" GIORDANENGO Gérard, *ibidem*, p. 221.

glossateurs puis les bartolistes, "*non sans flottement*"². La construction juridique du bail emphytéotique va être appliquée de deux manières. On la retrouve dans sa stricte application du droit romain, pour mettre en culture des terres jusqu'alors laissées à l'abandon³. Mais nous nous intéresserons plus spécifiquement au cas où la technique romaine est adaptée (plaquée ?) au contexte médiéval (A) et intègre les éléments caractéristiques de la situation féodale et leurs évolutions (B).

A : Bail emphytéotique romain, origine du domaine divisé médiéval

Deux principes du droit romain vont être absorbés par le droit médiéval pour élaborer la construction juridique vassalo-féodale : il s'agit du *dominium* et du *bail emphytéotique*. Ces deux constructions juridiques romaines constituent le socle du régime foncier féodal : le régime de la tenure s'inspire de la distinction entre domaine éminent et utile. Revenons sur les éléments essentiels de ces notions juridiques romaines (1), pour mieux apprécier comment ils ont été appréhendés par les juristes médiévaux (2).

1) Le droit réel de l'emphytéote romain

Le bail emphytéotique est une construction juridique datant du droit romain du Bas-Empire ; son principal objet est la mise en valeur des terres incultes. La convention réside en une concession à long terme de terre en friche, moyennant, outre l'obligation de culture, le versement par le locataire d'une modeste redevance au propriétaire. C'est l'obligation de défricher qui a donné son nom à l'institution, emphytéose venant d'*emphyteusis* qui signifie plantation⁴. Il semblerait que l'institution ait des origines romaines et orientales. On trouve à Rome un mécanisme de bail de courte durée, renouvelé indéfiniment, à condition de respecter l'obligation de mise en valeur : cette condition avantageuse de durée est proposée aux occupants pour les inciter à rester sur place et à mettre en valeur les champs et vergers romains – *agri vestigales*. L'autre influence date de l'occupation romaine de l'Égypte où l'emphytéose existait déjà depuis longtemps. Roger Aubenas rapporte que l'objet était non une location mais une vente, où l'acheteur s'obligeait à défricher. Cette obligation à la charge de l'acheteur peut paraître étonnante ; elle s'explique par le statut du vendeur qui n'était autre que l'État et qui avait un intérêt à la mise en valeur des terres. "*C'est la raison qui explique l'adjonction de la clause emphytéotique à une vente. C'est donc, au*

² AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé. Anciens pays de droit écrit. (XIII^e siècle-XVI^e siècle)*, t. IV : autour de la propriété foncière (Moyen Age et ancien régime), Aix-en-Provence : La pensée universitaire, 1957, 130p, p. 92.

³ BART Jean, *Histoire du droit privé de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris : Montchrétien, 1998, 534p, p. 264.

⁴ AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé*, op. cit. note 2, p. 17.

point de vue juridique, un contrat hybride, tenant à la fois de la vente et du louage, mais dominé par l'idée emphytéotique."⁵

A Rome, l'emphytéote, titulaire d'un droit de créance, a des prérogatives plus importantes que celles d'un fermier ordinaire. Il a la possibilité de mettre en œuvre une "action utile" contre le propriétaire qui l'aurait "dépouillé" de son bien. Cette action du tenancier est inspirée – et à mettre en parallèle – de "l'action directe" permise au propriétaire quiritaire⁶ pour récupérer son bien. En plus de faire agir "l'action utile", il peut également transmettre son droit de créance à ses héritiers. Sans en avoir le titre, le locataire agit comme un propriétaire, et malgré cela c'est le bailleur qui conserve la propriété de son bien... *"D'après la législation de Zénon, modifiée quelque peu par Justinien, l'emphytéote (celui à qui on concède une terre à charge de la défricher) a un véritable droit réel sur cette terre, droit sanctionné par une action réelle. Il n'est pas propriétaire, puisque le concédant le reste, mais il est possesseur et, à ce titre, dispensé de fournir une caution lorsqu'il est poursuivi en justice. L'emphytéote n'est ni un acheteur ni un locataire, il est dans une situation spéciale."*⁷ Une construction juridique semblable est utilisée en faveur du superficiaire qui *"finit par avoir un droit très proche de la propriété, mais subordonné au paiement régulier de la redevance"*⁸ pour construire sur un terrain qui ne lui appartient pourtant pas. Cette ambiguïté, qui confirme le caractère pragmatique du droit, s'est maintenue lors de l'application de cette technique dans la période médiévale. Les juristes de l'époque se sont inspirés de ce montage juridique pour la théorie des fiefs et des tenures roturières.

2) Réception du droit romain par les juristes médiévaux et représentations des populations

Le double domaine romain est devenu une notion clef de la féodalité. Nous avons vu son origine romaine ; avant de retracer la progression vers la patrimonialisation croissante des fiefs et des tenures, essayons de présenter comment le double domaine a été réceptionné et acclimaté aux réalités médiévales. Tout en décrivant les techniques juridiques de gestion des terres, il nous importe également – le point de départ de notre étude étant la culture juridique – de scruter

⁵ AUBENAS Roger, *ibidem*, p. 18

⁶ Le *dominium ex jure quiritium* est le type de propriété le plus complet pendant la période du Bas-Empire romain à côté de la propriété prétorienne, pérégrine, provinciale. Le *dominus ex jure quiritium* est "un véritable souverain et, d'autre part, son droit de propriété est quelque chose de sacré." Justinien unifie le régime de la propriété au 5^e siècle en créant la *proprietas* qui succède au *dominium*. C'est à cette même époque qu'apparaissent également le système de l'emphytéose et de la tenure, AUBENAS Roger, *ibidem*, p. 16.

⁷ AUBENAS Roger, *ibidem*, p. 23.

⁸ AUBENAS Roger, *ibidem*, p. 16.

comment les juristes de l'époque les ont interprétées. Dans cette perspective, l'échange des connaissances, leurs cheminements entre les pays, entre les centres universitaires, ne peuvent qu'attirer notre attention. Ces questions font l'objet de nombreuses études par les historiens du droit, notamment issus des pays de droit écrit où l'influence du droit romain a été précoce. Le droit féodal tel qu'il est rédigé et enseigné dans les universités a souvent été taxé de "*purement théorique*" et de poser les problèmes "*comme des jeux de l'esprit*". Pour Gérard Giordanengo, cette tendance à l'irréalisme répondait "*à une nécessité pédagogique (...) pour exercer les élèves à parer à toute éventualité en leur formant un esprit juridique.*"⁹ Quoiqu'il en soit, la nature du droit féodal est complexe et surtout évolutive dans le sens où les pratiques s'adaptent rapidement aux nouvelles techniques juridiques, à juste titre ou pas, d'ailleurs. L'influence du droit romain, au moment de sa renaissance au 12^e siècle, se fait sentir dans les formulations ou même dans les pratiques où les institutions féodales sont alignées sur les institutions romaines tenues pour proches par les juristes médiévaux. Ce procédé est symptomatique des relations entre les coutumes et le droit savant surtout dans le Midi. "*Lorsqu'un prélat ou un prince territorial, conseillés par des juristes, introduisent une formule ou une pratique tirée du droit savant, ils en connaissent la source, mais les vassaux l'ignorent peut-être et, de toute façon une ou deux prestations d'hommage plus tard, le droit savant est devenu usage et est considéré comme tel.*"¹⁰

"Au Moyen âge, l'emphytéose sera appelé "fief roturier". Dans les ouvrages des feudistes¹¹, la situation du vassal ou tenancier et celle de l'emphytéote – malgré leurs origines si différentes, certes ! – ont, au fond, comme charpente juridique l'ancienne emphytéose du droit romain. C'est un bel exemple de plaquage d'une théorie ancienne sur une situation nouvelle."¹² Les pratiques coutumières médiévales ont été réinterprétées par les juristes à la lumière des concepts antiques. Les termes des différentes actions en revendication du propriétaire et de l'emphytéote romains se retrouvent dans le vocabulaire utilisé pour désigner les différentes "propriétés" médiévales,

⁹ GIORDANENGO Gérard, "Droit féodal et droit romain dans les universités du midi : l'exemple de Bertrand de Deaux", *Mélange Roger Aubenas*, Montpellier : Université Montpellier I et Recueil de mémoires et de travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, fascicule IX, 1974, 818p, p. 343-349, p. 349. Le droit féodal est contenu dans les *libri feudorum*. Ces livres des fiefs forment partie du *Corpus juris civilis*. Le texte est composé de petits traités hétéroclites et parfois redondants ; cependant, ces traités de droit féodal "*exposent une conception générale du droit des fiefs. C'est pour cette raison qu'ils furent médités par tous les anciens juristes qui du XIII^e au XVI^e siècle, pour se borner au moyen âge, en ont été imprégnés.*" GIORDANENGO Gérard, *ibidem*, p. 344. Les auteurs de ces traités ont été influencés par les droits romain et canon, et leur volonté était d'unifier le droit féodal.

¹⁰ GIORDANENGO Gérard, "Coutume et droit féodal en France...", *op. cit.* note 1, p. 223.

¹¹ Les feudistes, constitués en maîtrise ou corporation, dressent les cartulaires et les terriers, c'est-à-dire les registres où sont relevés les redevances portant sur les terres ; en raison de cette mission professionnelle, ces juristes auront la réputation d'être favorables aux seigneurs et aux droits seigneuriaux, notamment au moment des ruptures sur le droit de la propriété.

¹² AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé*, *op. cit.* note 2, p. 23.

"propriété directe" du seigneur et "propriété utile" du vassal qui découlent des actions directes et utiles du bailleur et du locataire romain (*vindicatio directa et vindicatio utilis*). *"Puis, allant plus loin que les juristes romains qui n'ont jamais qualifié les prérogatives de l'emphytéote ou du superficiaire de droit de propriété, ils ont – après bien des hésitations, mais la question est tranchée au XIII^e siècle –, désigné les droits du tenancier comme ceux du concédant par le même vocable : dominium (propriété) et c'est l'épithète accolée à ce nom qui les différencie, propriété directe ou éminente pour le concédant, dominium utile pour le tenancier. (...) Est ainsi, reconnue, ce que n'avait jamais fait le droit romain, l'existence de deux droits de propriété portant sur une même chose, de la même façon, d'ailleurs, qu'il peut exister plusieurs saisines ou possessions simultanées."*¹³

Parallèlement aux représentations des juristes médiévaux, il est tout aussi instructif, mais plus délicat à déterminer, de s'intéresser aux représentations que pouvaient avoir les populations à propos du droit féodal. *"Lorsqu'on étudie un tel domaine il est important de ne pas oublier que la conscience commune des hommes était imprégnée de représentations et de notions parfois fort éloignées de l'idéologie officielle, et bien plus anciennes que les catégories de la religion chrétienne ou du droit romain. Il est par conséquent efficace d'étudier ces notions archaïques grâce à l'anthropologie économique. (...) Les masses populaires demeurèrent longtemps une "majorité silencieuse", non seulement parce qu'elles n'avaient pas d'interprètes de leurs idées et de leurs états d'esprit, mais aussi parce que la langue de la culture officielle était vraisemblablement incapable de transmettre les représentations profondes du monde conservées par le peuple."*¹⁴ Pour cerner ces représentations de la propriété médiévale, on retrouve le même risque que constitue le plaquage de catégories juridiques modernes inadaptées aux mentalités médiévales. *"S'il est impossible de décrire avec une parfaite adéquation les langues modernes dans les catégories de la grammaire latine, de même, une recherche de la compréhension du monde des hommes du Moyen Age, uniquement fondée sur les textes latins, donnerait lieu à de sérieuses déformations et à des anachronismes. (...) Au Moyen Age, la relation particulière envers la nature en général et envers la terre en particulier, la sensation qu'avait l'homme de sa communion avec elle, s'exprimait également dans le fait qu'il estimait les qualités sociales en fonction des possessions foncières. Comme l'homme, la terre pouvait être noble ou roturière : dans le premier cas, la possession de la terre conférait à son propriétaire des droits juridiques*

¹³ BART Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit. note 3, p. 257-258.

¹⁴ GUREVIC Aron, "Représentations et attitudes à l'égard de la propriété pendant le Haut Moyen Âge", *Annales ESC*, 1972, p. 523-547, p. 524.

précis, la terre l'anoblissait. La propriété foncière était une qualité personnelle et la faculté d'en disposer dépendait du statut social de son possesseur. La terre possédait des qualités magiques particulières et le lien avec son possesseur était étroit et vivant."¹⁵ Cette représentation "magique" de la propriété de la terre s'inscrit dans le contexte plus global de la conception du monde des hommes au Moyen Âge : *"celui de la cosmologie et des diverses représentations du rapport de l'homme avec la nature. Dans cette notion, le mythe et le droit se juxtaposent ou, plus précisément, ils apparaissent dans une unité qui n'est pas encore rompue."*¹⁶ Pour les hommes médiévaux, la propriété n'est pas seulement un rapport homme/objet : *"c'est une qualité de la personne même, l'une des caractéristiques de l'homme libre, du membre du collectif patrimonial."*¹⁷ L'importance de ce mouvement est illustrée par la présence des alleux et le processus de patrimonialisation des tenures, c'est-à-dire du domaine utile, et reflète la mutation des représentations et des pratiques relatives à la propriété.

B : Lectures médiévales du double domaine

La notion de saisine est essentielle pour comprendre la construction médiévale du droit de la terre car sera induite l'assimilation entre saisine et possession légitime (1). La notion de saisine d'une parcelle par un particulier a également des conséquences pour envisager la relation que le Prince entretient avec son domaine. Les notions romaines *d'imperium* et de *dominium* qui donneront respectivement celles de domaine et de propriété ont été interprétées par les juristes médiévaux et adaptées au contexte social de la féodalité, c'est-à-dire en transformant certains de ces mécanismes juridiques (2).

1) Saisine, domaine utile et possession légitime

Synonyme du terme tenure, la saisine évoque l'idée d'une possession légitime. Ces termes *"définissent la maîtrise de l'homme sur la terre par référence à la société. Cette référence aux autres est le trait le plus original de la propriété médiévale ; elle est le fondement de l'appropriation foncière coutumière."*¹⁸ L'intérêt de la notion, c'est de pouvoir tirer profit du bien dont on a la saisine. *"Elle est seulement une technique sociale d'accès à l'utilisation des sols."*¹⁹ En terme de nature juridique, la saisine est en droit romain, en référence à la distinction établie par Gaius, une chose incorporelle, c'est-à-dire un droit en opposition aux choses corporelles, telle

¹⁵ GUREVIC Aron, *ibidem*, p. 524 et p. 532.

¹⁶ GUREVIC Aron, *ibidem*, p. 526.

¹⁷ GUREVIC Aron, *ibidem*, p. 527.

¹⁸ PATAULT Anne Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris : PUF, 1989, 336p, p. 21.

¹⁹ PATAULT Anne Marie, *ibidem*, p. 22.

que *"la propriété, chose corporelle, parce que confondue avec son objet."* Les juristes médiévaux, quant à eux, reprendront à leur compte la saisine en la désignant *"très justement"* comme un droit, mais n'utiliseront pas la catégorie des choses corporelles. *"Dans l'éventail médiéval des maîtrises de l'homme sur le sol, il n'y a pas de propriété-matière, il n'y a que des droits. Ces droits, les auteurs médiévaux les qualifient de "droits réels", portant sur une chose. (...) La notion romaine de propriété corporelle disparaît pour plusieurs siècles, il ne reste au Moyen âge, dans l'univers juridique, que des droits pour définir les pouvoirs de l'homme sur les choses et lorsque les juristes médiévaux s'efforceront de caractériser la propriété, au sein de la saisine uniforme, en l'opposant aux autres droits réels par l'étendue des pouvoirs qu'elle confère, c'est encore sous la forme de droits qu'ils définiront son contenu : jus utendi, jus fruendi, jus abutendi, faculté d'user de la chose, de jouir de ses fruits et d'en disposer. La trilogie médiévale connaîtra la fortune que l'on sait."*²⁰

Par la suite, les romanistes vont assimiler la notion de la saisine à celle de la propriété ; or, d'un point de vue terminologique, en droit romain, ce que nous appelons propriété aujourd'hui était le plus souvent désigné par le terme *dominium* : *"Le dominium est défini comme le droit le plus absolu que l'on puisse avoir sur une chose, le droit de disposer parfaitement d'une chose corporelle, à moins que cela ne soit prohibé par la loi."*²¹ En revanche, le terme *proprietas*, rare dans le vocabulaire romain, correspond à ce que nous désignons comme la nue-propriété, utilisé *"par antithèse à l'usufruit ou à la possession"*.²² Nous venons de voir que la question de la saisine est primordiale dans la construction féodale car elle oriente le rapport existant entre domaine utile et domaine éminent. C'est en effet, parce que le droit de saisine est établi que le domaine utile permet au tenancier d'en recueillir les fruits, puis, peu à peu, au cours du processus

²⁰ PATAULT Anne Marie, *ibidem*, p. 22-23. Michel Villey confirme le caractère non-romain de cette trilogie : *"Notre fameuse définition du "contenu" de la propriété (jura utendi, fruendi et abutendi) – on le sait parfaitement aujourd'hui – fut une invention des modernes ; elle manque dans les textes romains. (...) Notre concept moderne de propriété résulte d'un mélange hybride entre plusieurs notions romaines ; il a de fait emprunté plusieurs éléments à la notion de dominium. Mais c'est surtout avec le terme proprietas, dont le mot de propriété dérive étymologiquement, qu'il faut effectuer une comparaison. Le terme proprietas à vrai dire, était d'un usage assez rare dans les textes juridiques romains. Au sens le plus strict, il désignait l'objet de ce qu'on nomme aujourd'hui nue-propriété : dans cette hypothèse très particulière où le bénéfice d'une chose est divisé entre deux personnes, l'usufruitier, et d'autre part le "propriétaire". Mais dans son acception plus vaste, il est cette qualité d'une chose d'appartenir à quelqu'un de façon privée."* VILLEY Michel, "Notes sur le concept de propriété", *Critique de la pensée juridique moderne (12 autres essais)*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, n° 16, 1976, 274p, p. 185-200, p. 193.

²¹ LEYTE Guillaume, *"Imperium et dominium chez les glossateurs"*, *Droits*, 1995, n°22, p. 19-26, p. 19.

²² OURLIAC Paul et MALAFOSSE Jehan de, *Histoire du droit privé, vol. 2 : les biens*, Paris : PUF, coll. Thémis Droit, 1971 (1^{er} éd. 1961), 452p, p. 101.

de patrimonialisation de l'aliéner dans certaines conditions²³. Avant d'examiner ces modalités, remarquons que si le modèle romain donne des réponses adaptées à la situation de propriété d'un seigneur et de son vassal, le mécanisme ne prévoyait pas l'existence des "chaînes féodales" dont le montage juridique caractérise les rapports sociaux pendant la période médiévale.

Les romanistes médiévaux ont dû inventer, au premier sens du terme, de nouvelles solutions et surtout régler le difficile problème théorique qui consistait à savoir sur qui, du titulaire du domaine éminent ou de celui du domaine utile, la propriété reposait. *"Problème insoluble, car il était impossible d'adapter le système romain unitaire à la multiplicité des situations foncières médiévales. Au début, la tendance des juristes est favorable au domaine éminent du concédant, du seigneur. D'après ce que rapporte son élève, le maître du grand canoniste Hostiensis (13^e siècle) disait que le domaine utile "n'était que chimère"."*²⁴ En fait, la solution est plus complexe car la construction juridique ne fonctionne que si l'on tient compte du caractère relatif des deux domaines, la société féodale étant fortement hiérarchisée. On connaît la représentation d'une société où chaque seigneur, à l'exclusion du roi, est le vassal d'un seigneur supérieur. Le schéma qui affecte les relations personnelles a également des répercussions sur la nature des droits portés sur les biens. Les droits de "propriété" sont également relatifs : chaque seigneur a une propriété éminente sur sa terre vis-à-vis de son vassal qui a lui-même, sur la même terre, simultanément une propriété utile vis-à-vis de son seigneur. *"Donc chaque chose n'est pas à un seul maître, comme en droit romain, mais un peu à une suite indéfinie de supérieurs, depuis le serf exploitant jusqu'au plus haut seigneur. Personne ne possède plus complètement l'abusus, qui nuirait aux droits divers de tous les autres. L'unité du dominium romain s'est fractionnée en une multitude de droits fragmentaires tous relatifs, et qui se limitent respectivement."*²⁵ L'intégration des techniques romaines aux réalités médiévales en matière foncière peut être qualifiée d'un *"placage, parfois bien artificiel, de termes romains sur les institutions spontanées de cette époque franco-féodale dont la technique pouvait certes être faible, mais la veine créatrice réelle."*²⁶ La technique de la saisine, par la relation entre possession et autorité, est étroitement liée aux notions de *dominium* et d'*imperium*, qui ont permis l'établissement de la théorie du domaine public, objet de nombreux débats et constructions théoriques entre les juristes médiévaux au moment où émerge la souveraineté d'un État naissant.

²³ OURLIAC Paul et GAZZANIGA Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil*, Paris : Albin Michel, coll. L'évolution de l'Humanité, 1985, 442p, p. 225.

²⁴ AUBENAS, Roger, *Cours d'histoire du droit privé*, op. cit. note 2, p. 93.

²⁵ AUBENAS, Roger, *ibidem*, p. 91.

²⁶ AUBENAS Roger, "Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant ? Un chapitre d'histoire juridico-sociale XI^e-XV^e siècle", *Revue d'histoire du droit français des pays de droit écrit*, t. 56, 1978, p. 215-252, p. 217.

2) Dominium et imperium

La question du lien entre *dominium* et *imperium* intéresse la constitution du domaine public et finalement la construction de l'État dans sa dimension territoriale qui, nous l'avons vu, est essentielle pour fonder sa souveraineté. La distinction entre les biens propres du Prince et ceux appartenant aux biens publics apparaît dès le 12^e siècle, sous le terme de *fiscalia*. La question principale des glossateurs est (déjà) de déterminer le critère qui permet cette distinction. Ils restent fidèles à l'esprit romain des Compilations de Justinien, bien que les nouvelles situations ne se prêtent pas à l'application de ces techniques. *"Pour tenter, néanmoins de faire coïncider les textes romains et la réalité, deux personnes vont progressivement être distinguées dans le titulaire du pouvoir. D'une part, une personne physique, mortelle, ordinaire. D'autre part, pour reprendre les termes de Balde († 1400), une personne "intellectuelle, incorporelle et publique". La fiction du dédoublement de la personne royale – à laquelle répond l'émergence de la Couronne dans les monarchies médiévales – tend naturellement à publiciser l'institution monarchique. L'imperium, le dominium confiés aux rois ne le sont qu'à leur seule personne publique."*²⁷ Cette construction bien connue reprend la théorie romaine du fisc, qui permet au titulaire de *l'imperium* d'avoir un *dominium* sur les biens sur lesquels l'empereur romain a une compétence fiscale. Cependant, la fidélité aux constructions romaines n'est pas maintenue en ce qui concerne la division des choses du droit romain dans la mesure où les biens publics, tels que les fleuves, les voies publiques ou les rivages, font désormais l'objet d'appropriation, soumis à une seule personne.

Les juristes opposés aux feudistes ont vivement contesté que des biens publics ou n'appartenant à personne entrent dans le patrimoine des Princes. D'ailleurs, de nombreuses théories élaborées par les juristes ne sont pas toujours appliquées par la royauté car il existe un décalage entre l'apport théorique des juristes et leur mise en œuvre effective. La pratique royale, selon toute vraisemblance, était beaucoup plus aléatoire et pragmatique que ce que peuvent en dire les constructions théoriques des juristes médiévaux²⁸. L'objet de ce travail sur la culture juridique

²⁷ LEYTE Guillaume, *"Imperium et dominium chez les glossateurs"*, art. cit. note 21, p. 21.

²⁸ Ainsi, il en va de la théorie du *"roi empereur en son royaume"*. Inspirée de la conception de l'empereur romain, elle s'applique à l'empereur germanique qui peut prétendre jouir de droits similaires. L'utilisation de cet adage à la situation française s'explique à l'origine par des raisons politiques, il s'agissait d'exprimer l'indépendance du roi par rapport à l'empereur germanique. Ensuite, la théorie d'ordre géopolitique s'est étendue au registre juridique, par l'entremise des juristes. Ils ont tenté de recourir au droit romain pour augmenter les droits du roi qui, s'il les a développés, ne l'a pas fait en vertu de cette maxime.

relative au droit de la terre est justement de faire état de ces deux pans, pratique et théorique, et de leur éventuel décalage.

C'est à partir de la distinction entre les domaines éminent et utile que les limitations du *dominium* ont pu être établies. Le domaine éminent peut être considéré comme la "notion-fondatrice" du domaine public. Les caractères bien connus de ce dernier, inaliénabilité, indisponibilité et imprescriptibilité ont d'abord été ceux attribués au domaine éminent pour le protéger des éventuels abus princiers. La théorie de limitation du *dominium* est élaborée dès le début du 13^e siècle, par les glossateurs, les canonistes et les romanistes. Elle vise "*la construction d'un véritable statut des biens publics, qui forment la contrepartie de la délégation de pouvoir accordée au Prince.*"²⁹ La participation des différentes écoles juridiques a des conséquences sur les fondements évoqués pour justifier les caractères du domaine éminent puis public. Ainsi, le principe de l'interdiction de l'aliénation des biens du royaume est revendiqué par les canonistes en vertu des engagements consécutifs au "serment royal du sacre"³⁰. Le roi s'engage à protéger le peuple et à "*maintenir l'union entre les divers états de son royaume et garder l'union de tous avec lui-même.*"³¹ L'indisponibilité et l'imprescriptibilité sont liées à l'essence de la souveraineté qui empêche toute cession des biens publics sans l'accord de tous. La construction de cette doctrine s'est poursuivie et a été accentuée au fur et à mesure de l'émergence de l'État qui a constitué son domaine public sur la base de ces "fictions juridiques"³² de droit public.

²⁹ LEYTE Guillaume, *ibidem*, p. 24.

³⁰ Élargi ensuite en "*une obligation naturelle, constitutive de devoirs publics envers la Couronne et les droits du royaume*", le serment du sacre est constitué d'un serment à l'Église et d'un serment au peuple. LEYTE Guillaume, "*Imperium et dominium chez les glossateurs*", art. cit. note 23, p. 25. Rappelons la grande influence des juristes médiévaux de droit canon dans la "fabrication" des principes de droit public. Sur la question du domaine, on peut d'ailleurs s'interroger sur la filiation existante entre le principe d'inaliénabilité du domaine public et celui qui caractérise les donations, sous forme de biens immobiliers, faites à l'Église, à savoir l'irrévocabilité de ces donations.

³¹ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris : CNRS, 1992 (1^e éd. Montchrétien, 1948), 763p, p. 331.

³² L'expression "fiction juridique" découle de l'appareillage conceptuel lié aux représentations et au décalage qui peut exister entre celles-ci et la réalité, et n'a donc rien d'irrévérencieux à l'égard des théories juridiques élaborées pour expliquer ce que peut être le domaine public. Au contraire, ces fictions juridiques sont également des procédés pour "*expliquer des préceptes juridiques*" et "*pour représenter la loi ou des mécanismes juridiques*" comme le suggère le *dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, 758p. Dans le même sens, Bruno Latour dans son étude sur le travail des conseillers d'État recourt à l'expression de *factio legis* : après avoir précisé que le terme ne suppose "*ni cynisme, ni irréalité*", il avance que c'est "*l'invention d'une solution pour faire passer le droit.*" Ce qui nous conforte dans l'idée que le droit est une construction de chaque jour y compris chez les conseillers d'État. LATOUR Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris : La Découverte/Armillaire, 2002, 319p, p. 68, dans sa note 72.

§ 2 : *Domaine de la Couronne, propriétés et occupations de l'espace*

La doctrine médiévale a établi le lien existant entre domaine éminent contenu dans le droit féodal et domaine de la Couronne. Intéressons-nous plus particulièrement à ce dernier, du point de vue de la royauté et des décisions politiques le régissant, soit la réception des doctrines juridiques par le pouvoir. Partant de la théorie du double domaine, peut-on affirmer que le pouvoir du seigneur sur son domaine éminent a eu une influence sur celle entretenue par le Prince puis par l'État sur le domaine public ? Pour comprendre l'émergence du domaine de la Couronne, il faut s'imaginer que le roi est un seigneur parmi les seigneurs. Même si, peu à peu, la construction étatique aidant, il va s'arroger des pouvoirs et une autorité grandissante. Ainsi, la puissance royale naissante est très relative : il faut faire face aux seigneurs belliqueux, à l'Église et ses très vastes domaines, non seulement pour se constituer un territoire, dont nous avons souligné l'importance pour asseoir son autorité politique étatique, mais également pour ensuite, opération tout aussi délicate aux 13^e et 14^e siècles, le protéger et le maintenir en état, notamment au regard des biens de l'Église. Dans cette perspective, il est utile de s'attarder sur les modalités de construction de ce domaine, mais également sur les droits exercés pour le conserver et parfois l'agrandir, notamment au détriment des communaux (A), et de ce qui est souvent désigné comme une "anomalie" féodale, les alleux, phénomène précurseur de la patrimonialisation des censives et de la sortie du rapport féodal (B).

A : Double domaine et extension du domaine de la Couronne

L'accroissement du domaine de la Couronne qui comprend l'ensemble des propriétés foncières, mais également l'ensemble des droits et prérogatives du régime féodal, est étroitement lié à la crise des seigneuries. En effet, le domaine royal a bénéficié des transformations institutionnelles. Ainsi, c'est parce que l'autonomie des seigneuries diminue que le domaine royal s'étend, que ce soit le résultat de guerres (pour la Guyenne et la région de Bordeaux), d'achat ou d'échange comme ce fut le cas pour les comtés de Chartres ou de Mâcon, ou par "*une habile politique matrimoniale*."³³ L'extension du domaine est pour le roi le plus sûr moyen d'accroître sa puissance face à des seigneuries dont l'autorité est en perte de vitesse. Parce qu'elle permet d'opposer sa souveraineté à l'autorité des seigneurs, l'unité territoriale est la première étape de l'unité juridique, ce qui explique l'accélération de l'extension à partir du 14^e siècle. Cependant, soulignons que l'atténuation de la résistance des seigneuries ne signifie pas pour autant une

³³ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 31, p. 316.

absence totale d'opposition de corps intermédiaires entre roi et peuple. Le roi doit tenir compte et composer avec les pays, les états, et certaines villes, "les bonnes villes" qui lui sont fidèles, mais il ne s'agit déjà plus d'une politique de nature féodale. En revanche, les mécanismes d'organisation des biens de l'Église, régis par le droit canon, ont été fortement influencés par les cadres féodaux afin de résister plus ou moins efficacement à l'accaparement par les seigneurs laïcs (1). Pour ce faire, l'invention de concepts juridiques autour de la notion de domanialité publique vont peu à peu émerger, à l'initiative des juristes-conseillers royaux (2), les feudistes apportent des solutions juridiques pour réintégrer les communaux dans le domaine de la Couronne (3).

1) Domaine de la Couronne et biens ecclésiastiques

L'État est une institution qui s'est construite en réaction à la puissance montante de l'Église et du Pape pendant le milieu du Moyen Âge. Cet élément d'identité et d'autorité par lequel s'est forgé l'État doit être lié à l'extension de son territoire. La puissance territoriale étatique a eu également à tenir compte des possessions ecclésiastiques. Celles-ci ne peuvent être occultées dans la mesure où elles représentent la plus grande seigneurie en superficie et en influence. Le lien avec les biens ecclésiastiques importe dans la compréhension des relations avec le pouvoir politique, aussi bien dans le royaume de France que dans la construction de la maîtrise foncière en Nouvelle-France, devenu le Québec. L'importance en nombre et en superficie des propriétés de l'Église donne un éclairage important sur la gestion des sols pendant la féodalité mais également sur le rapport à la légalité dans la mesure où ces relations foncières sont assujetties à un corps de règles cohérent et censément stable puisque élaboré au sein du droit canon, un droit unifié antérieurement, pour l'organisation d'une Église structurée.

Le domaine de l'Église a une superficie importante³⁴. L'accroissement du domaine continue sa progression pendant l'époque franque. Nous avons vu combien était étroit le lien entre pouvoir religieux et pouvoir politique³⁵. Ce rapport de force a eu des répercussions sur la maîtrise des biens de l'Église. Celle-ci est à la tête d'un important domaine dont le régime va connaître une

³⁴ Dès l'origine, la patrimoine de l'Église est le résultat des dons des premiers fidèles chrétiens. Ces dons sont de deux types : sous la forme de biens-fonds et sous forme d'argent, la dîme devenue une coutume générale et obligatoire dans l'Empire franc, sous peine de sanctions à l'égard des contrevenants. Nous nous intéresserons plus particulièrement au régime des biens immobiliers, quoique la dîme soit un élément de la compréhension de l'acquisition des biens de l'Église dits sécularisés.

³⁵ La question des biens de l'Église et des rapports entre sphères religieuse et politique s'inscrit dans la continuité de nos développements sur la construction étatique en France mais annonce également l'influence des religieux dans les stratégies politiques en Nouvelle-France, dans le domaine foncier et dans les relations avec les Amérindiens.

modification. Justifiés par des arguments théologiques, les biens et les revenus ecclésiastiques ont fait l'objet d'une conceptualisation juridique par les évêques, plus précise à partir de la fin du 9^e siècle, en raison de l'intérêt grandissant des princes laïcs à l'égard des biens de l'Église. Les considérations liées à ces biens sont documentées par une importante littérature³⁶, notamment celle concernant l'origine de ces biens, leur nature et leur utilisation par les clercs et le cas échéant les sanctions prévues contre tous ceux qui ne respectaient pas ces biens.

Ce sur quoi nous voudrions insister a trait plus précisément aux modalités de mutations des terres, du domaine de l'Église vers le domaine des Princes. Du point de vue du personnel religieux, ces mutations sont considérées comme étant des spoliations. Pourtant, par pragmatisme, il est arrivé que des biens soient gérés par des laïcs et qu'en contrepartie l'Église reçoive le versement d'un cens, car conformément à la construction féodale, elle conservait un droit sur son domaine éminent³⁷. Juridiquement, la situation peut s'analyser comme suit : au début du processus, l'Église reste, en théorie, seigneur sur son domaine éminent sur lequel un lieu de culte bénéficie d'une protection et d'un financement laïcs. La sécularisation des biens est considérée comme provisoire, mais elle va rapidement devenir définitive. Progressivement, un glissement va s'opérer et les seigneurs laïcs vont se considérer comme étant les détenteurs des *fundis* sur lesquels ils ont investi : c'est le phénomène des "*églises privées*"³⁸. Ce mécanisme s'inscrit dans le processus général de transformation des relations foncières des cadres féodaux : à savoir, la progressive patrimonialisation des domaines utiles au détriment des domaines éminents.

³⁶ LE BRAS Gabriel (dir.), *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, Paris : Sirey/Cujas, 1974, 20 tomes. (en particulier t. 5 vol. 1 : *Les temps carolingiens (741-891) Les institutions*, Jean Imbert 1994, 253p ; t. 8 vol. 2 : *Le gouvernement de l'église à l'époque classique, 2^e partie : le gouvernement local*, Jean Gaudemet, 1979, 347p ; t. 10 : *L'âge classique 1140-1378 : les religieux*, 1974, 567p ; t. 15, vol. 2 : *L'époque moderne (1563-1789) le monde des religieux*, Dom Robert Lemoine, 1976, 438p.) Voir aussi RUBELLIN Michel, "Biens et revenus ecclésiastiques : la doctrine des évêques carolingiens (milieu VIII^e-milieu IX^e siècle)", *L'hostie et le denier : les finances ecclésiastiques du haut Moyen Age à l'époque moderne : actes du colloque de la Commission internationale d'histoire ecclésiastique comparée*, Genève : Labor et Fides, 1991, 302p, p. 25-36.

³⁷ Les mutations ou usurpations, selon le point de vue où l'on se situe, ne sont pas le résultat d'un phénomène brutal, puisque dans de nombreux cas, le processus naît de la relation de protection d'un seigneur laïc envers un lieu de culte. D'abord, ce sont les églises cathédrales qui ont été considérées comme propriétaires des biens, ceux-ci étant gérés par l'évêque du diocèse. Le régime s'est transformé en ce qui a été désigné comme le régime bénéficial spécifique de la période carolingienne. Il s'agit d'une dotation, irrévocable en vertu du droit canon, faite à des paroisses rurales, sur l'initiative d'un grand seigneur qui souhaite avoir une église sur son terrain, en échange de laquelle il offre sa protection. Ensuite, le bénéfice a également constitué une récompense du roi, à partir de Pépin le Bref, à ses plus valeureux guerriers. L'Église était concernée par ces libéralités royales car elles se faisaient au moyen de ses propres biens. Ce faisant les rois "*ne font pas appel à un principe abstrait ; ils évoquent seulement la force majeure et les intérêts mêmes de la chrétienté qu'ils défendent contre les infidèles.*" OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 31, p. 84.

³⁸ LEMARIGNIER Jean-François, GAUDEMET Jean et Mgr MOLLAT Guillaume, "Institutions ecclésiastiques", LOT Ferdinand et FAWTIER Robert (dir.), *Histoire des institutions françaises au Moyen Age*, Paris : PUF, 1962, t. 3, 502p, p. 34.

La principale difficulté pour les évêques qui ont élaboré une doctrine sur les biens de l'Église est liée à leur étroite relation avec le pouvoir laïc. Comment, dans cette hypothèse, concilier ces rapports privilégiés avec la royauté et garantir l'intégrité du domaine de l'Église ? S'il a longtemps été suffisant de présenter des arguments fondés sur le discours des textes religieux, la pression politique sur les terres religieuses après la mort de Charlemagne, a nécessité une approche théorique et juridique plus élaborée pour faire face aux querelles des successeurs de l'Empereur. En réaction, l'Église qui ne peut récupérer ses biens, exige des compensations : les biens qui sont aux mains des laïcs appartiennent toujours en théorie à l'Église qui les concède à titre précaire et provisoire en échange d'un cens versé par le vassal bénéficiaire du bien. Le mécanisme de la "précaire" est un montage juridique qui intègre l'esprit de l'organisation juridique des biens de l'Église à celui des cadres féodaux. Quoique l'Église ait pu imposer le paiement d'un cens annuel en échange de la sécularisation de ses biens, son emprise sur ceux-ci s'est progressivement amenuisée, d'autant que ce phénomène d'appropriation des églises par les laïcs s'est développé aussi bien à l'égard des églises que des monastères³⁹. La relation entre les biens de l'Église et les pouvoirs laïcs a eu une influence aussi bien sur la superficie du domaine que sur l'apport théorique à la notion de domanialité.

2) Théories et doutes autour du domaine

La caractéristique essentielle du domaine de la Couronne est son inaliénabilité. C'est ce caractère qui donnera tout son sens à la distinction entre domaine public et domaines privés – de l'État et des particuliers. Avant que l'ordonnance de Moulins de février 1566 ne soit édictée, le roi avait une grande liberté pour distribuer des territoires. En réaction à ces abus dans la gestion domaniale, sous la pression du peuple, intéressé à la question puisque soumis à des taxes, les juristes élaborent une distinction entre domaine royal et domaine privé du roi. Inspiré du droit

³⁹ Parler de l'ampleur "du domaine de l'église", c'est aussi prendre en considération sa gestion par les différents ordres monastiques. Les bénédictins et les cisterciens ont fait plus que gérer l'espace qu'ils occupaient, ils ont aussi imposé leur marque dans le paysage des campagnes françaises. Sur l'influence du mouvement monastique, se référer à CHEDEVILLE André, "La guerre des bourgs", Concurrence châtelaine et patrimoine monastique dans l'ouest de la France (XI^e-XII^e siècles)", Mélanges FOSSIER Robert, *Campagnes médiévales : l'homme et son espace*, Paris : Publication de la Sorbonne, 1995, 734p ; DUBY Georges, "Les chanoines réguliers et la vie économique des XI^e et XII^e siècles", *Hommes et structures du Moyen-Age (recueil d'articles)*, Paris : Mouton, 1973, 424p, p. 203-212 ; DUBY Georges, "Monachisme et économie rurale", *Hommes et structures du Moyen-Age (recueil d'articles)*, Paris : Mouton, 1973, 424p, p. 381-393 ; FOSSIER Robert, *Hommes et villages d'Occident au moyen âge*, Paris : Publication de la Sorbonne, 1992, 525p. (économie cistercienne : p. 379-387 et p. 401-425.) ; DUBY Georges, *Guerriers et paysans (VII^e-XII^e siècle) Premier essor de l'économie européenne*, Paris : Gallimard, 1973, 308p, (l'exemple monastique p. 240-248) ; DESPY Georges, "Les richesses de la terre : Cîteaux et Prémontré devant l'économie de profit aux XII^e et XIII^e siècles", *Problèmes d'histoire du christianisme*, Bruxelles : Université libre de Bruxelles, 1974-1975, t. 5, p. 58-80.

romain, celle-ci réhabilite la notion de "domaine du peuple romain" inaliénable, et celle de "domaine privé", le *fiscus* à la disposition de l'empereur. Bien que cette distinction entre les deux domaines fasse l'objet d'ordonnances, et soit présente dans le serment du sacre royal dans le courant du 14^e siècle, les rois continuent pourtant d'aliéner leur domaine. Au milieu du 16^e siècle, l'ordonnance de Moulins met fin à ces pratiques en proposant un régime précis des terres domaniales et foncières : sont créés un domaine fixe, ancien domaine de la Couronne, absolument inaliénable et un domaine casuel constitué des acquisitions personnelles du roi. Un transfert automatique du domaine casuel vers le domaine fixe a lieu si aucune mutation n'a été effectuée pendant une période de dix années⁴⁰. Tous les biens contenus dans le "domaine de la Couronne" sont indistinctement inaliénables et les rois doivent se contenter du domaine casuel pour opérer d'éventuelles mutations.

Le domaine a toujours suscité les débats doctrinaux, pour des raisons liées à son influence sur la notion de souveraineté. Ce sont les glossateurs, Accurse au 13^e siècle et Bartole au début du 14^e, qui ont proposé les premiers une théorisation de la notion de domaine divisé et son application au régime féodal. Le lien entre domaine divisé et domaine public se fait par l'entremise de la notion de souveraineté que le seigneur a sur son domaine éminent. *"Le grand propriétaire, dont les prérogatives, incluses dans la potestas, dépassaient déjà celles de la propriété, a profité de l'affaiblissement de la royauté pour les étendre encore ; la souveraineté s'est incorporée toujours plus largement à la propriété ; par une sorte de développement logique, l'autorité domaniale s'est annexé les prérogatives régaliennes."*⁴¹ Les tenants de cette théorie dite domaniale mettent l'accent sur l'héritage romain des relations entre seigneurs et tenanciers et relient souveraineté et propriété, où la propriété est à l'origine de la souveraineté.

En revanche, la théorie classique présente, dans sa lecture de la domanialité, souveraineté et propriété dans une relation inversée : le seigneur l'est, non pas parce qu'il est propriétaire mais parce qu'il est puissant de fait, dans le ressort de sa seigneurie. Cette dernière lecture offre une vision moins idéalisée mais peut-être plus conforme à la réalité. *"Mais l'opposition qui existe entre les deux écoles est un peu factice ; il y a surtout, au fond, une querelle de mots. Les mots souveraineté et propriété sont des mots à contenu variable ; ils ont eu un sens clair en droit romain et l'ont encore, pour peu de temps, en droit moderne. Au moyen âge, le fossé qui les sépare est bien moins net. Les partisans de l'école domaniale, qui sont seulement ou surtout des*

⁴⁰ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 31, p. 321.

⁴¹ OLIVIER-MARTIN François, *ibidem*, p. 154.

*historiens, ne se sont pas appliqués à le discerner : ils rattachent tout au domaine, objet de propriété. Les juristes partisans de l'école classique l'ont peut-être tracé avec une précision qu'il n'avait pas dans le moyen âge mais qu'on lui donnera plus tard, pour faciliter la reconstitution de la souveraineté royale."*⁴²

Cette analyse de deux écoles illustre ce phénomène sur lequel nous attirons l'attention qui consiste à décrire et créer, après coup, des théories juridiques sur des pratiques anciennes. François Olivier-Martin parle de reconstitution, à propos du domaine public, nous verrons que d'autres auteurs s'interrogent dans le même sens et vont plus loin en parlant du domaine public comme d'une "*fiction juridique*". La question des communaux doit être rapprochée de celle du domaine public dans la mesure où, pour le protéger, les espaces communaux font eux aussi, malgré leur mise en péril progressive, l'objet de mesures royales pour les rendre inaliénables : ces espaces communautaires sont donc également tiraillés entre nature publique et privée, situations propices à la construction de montages juridiques.

3) Droit d'usage et droit de propriété des communaux

Les communaux sont les biens dont tous les habitants d'une communauté ont l'usage collectivement. Cette notion nous intéresse dans la perspective de nos développements relatifs au Sénégal et au Canada où l'usage de la terre a un rôle significatif dans le sentiment d'appropriation et d'appartenance à un territoire. A l'origine, l'objectif de cette pratique ancienne est de permettre aux plus pauvres de pouvoir subvenir à leurs besoins en leur accordant un espace pour faire paître leur bétail⁴³. Il faut s'attacher à l'évolution du statut juridique de ces biens, parfois dénommés abusivement "terres vaines et vagues" par les seigneurs qui tentaient de les récupérer, pour traiter la question principale qui est de déterminer qui en a la "propriété", entendue au sens de maîtrise. Cette question, durant toute la période médiévale, met en tension les prétentions du seigneur qui cherche à accroître la superficie des terres productives et les revendications des habitants pour sauvegarder ces biens en partage. Nous essaierons de souligner l'attitude de plusieurs types d'acteurs pour avoir des éclairages différents sur cette réalité complexe. Les seigneurs, la royauté, les juristes médiévaux et les habitants des communautés qui revendiquent l'usage de ces communaux n'en ont naturellement pas les mêmes représentations. Ces différentes

⁴² OLIVIER-MARTIN François, *ibidem*, p. 156.

⁴³ Les communaux doivent être associés à de nombreux autres droits d'usage tels que la vaine pâture, le droit de glanage, de grappillage, de râtelage ou droit de parcours pour les relations entre communautés voisines.

perceptions sont décelables au regard du sort qui sera finalement réservé aux communaux : leur démantèlement.

La question de la propriété de ces biens n'a pas été soulevée de manière aiguë par les juristes avant la renaissance du droit romain. *"Le moyen âge n'avait pas de notion précise de la propriété au sens romain du mot. Les droits d'usage des seigneurs et ceux des simples habitants, qui risquaient de s'enchevêtrer, étaient réglés plus ou moins explicitement par les coutumes locales."*⁴⁴ Les difficultés rencontrées pour déterminer le titulaire de la propriété des communaux résultaient de l'absence de titre. Les juristes médiévaux ont été partagés pour résoudre ce problème. Nadine Vivier fait état de deux thèses qui les opposent. *"Les juristes anciens qui ont étudié le droit romain et expliqué les coutumes, admettent une propriété naturelle et originelle des habitants. (...) Face à eux, les feudistes qui analysent le droit féodal, privilégient les concessions seigneuriales de façon exclusive."*⁴⁵ C'est cette seconde thèse qui prévaut dès le 16^e siècle. Se référant au domaine éminent des seigneurs, les juristes reconnaissent à ces derniers la propriété des communaux, tout en maintenant sur ces terres l'existence de droits d'usage des habitants.

Pourtant, l'édit de 1667 reconnaît la propriété des communaux à la communauté, la difficulté réside alors dans le fait de déterminer la possibilité ou non pour les habitants d'exercer un droit d'usage sur les terrains vagues appartenant au seigneur, question à laquelle il est répondu au cas par cas, dans le cadre de l'assemblée générale de la communauté. Le règlement de la jouissance des communaux varie ainsi selon l'intérêt porté par la communauté au communal. La question du droit de jouissance des terres des communaux est liée, dans une mesure variable selon les localités, à la superficie de la parcelle détenue dans le village. Ce droit est considéré le plus souvent comme une prolongation du droit de propriété, par conséquent, concrètement, il est concédé aux seuls propriétaires de terres dans le territoire occupé par la communauté et l'habitant qui ne possède rien n'a pas accès aux communaux. Cette solution est pratiquée, avec des variantes, en Normandie, Bretagne et Auvergne. D'autres conceptions existent et accentuent tantôt le rôle de la résidence, comme en Picardie, en Artois ou en Flandres, tantôt, cas plus rares, l'influence des premiers arrivants et leurs héritiers comme en Corse et en Savoie. Et restent les cas fréquents où les coutumes sont muettes, dans ce cas la jouissance est accordée à tous.

⁴⁴ AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé*, op. cit. note 2, p. 117.

⁴⁵ VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France, 1750-1914*, thèse en droit Université Paris I, 1998, 322p, p. 35. publication en 1999, Paris : Publication de la Sorbonne, 352p.

Pourtant, parfois ni la propriété ni le droit d'usage des communaux se sont reconnus aux habitants par les seigneurs dont les prétentions sont de plus en plus pressantes. Quant au pouvoir royal, sa position est ambiguë. Il s'est prononcé, pour des raisons fiscales, en faveur des habitants et s'est opposé *"fortement aux usurpations seigneuriales trop marquées. Mais il ne sut pas protéger efficacement le patrimoine communal – trop souvent le besoin d'argent l'a forcé à "confirmer" bien des usurpations moyennant le paiement d'une taxe."*⁴⁶

Deux remarques sur ces usurpations. Elles ont lieu dans le cadre de ce que les auteurs ont appelé "la réaction seigneuriale". A la veille de la Révolution, les seigneurs auraient manifesté plus clairement leur convoitise sur les terres en alourdissant les droits féodaux et seigneuriaux. Finalement, cette convoitise n'a-t-elle pas toujours été présente ? La "réaction féodale" est peut-être apparue d'autant plus voyante qu'elle rencontrait une résistance elle aussi plus affirmée de la part des habitants⁴⁷. Cette nuance, qui tend à souligner la capacité de réaction des populations, apporte à la lecture de la réaction féodale et montre, au regard de nos interrogations sur la reconstruction de l'histoire juridique, combien les interprétations des contemporains et celles des auteurs postérieurs doivent être croisées pour ne pas obtenir une image caricaturale de ce qui a pu se passer.

La seconde remarque concerne l'attitude de la royauté vis-à-vis des communaux, attitude qui traduit la représentation qu'elle peut en avoir. Elle rallie la position des feudistes, c'est-à-dire la reconnaissance d'une concession originairement seigneuriale ; les modalités de démantèlement par le droit de triage l'atteste. Cette position ne reconnaît pas la propriété des communaux aux habitants comme les usagers le revendiquent : depuis l'édit de 1667, il est considéré que *"les biens communaux n'appartenaient pas en propre à chacun des habitants pour sa part, mais à la communauté des habitants considérée dans son ensemble."*⁴⁸ Pourtant, les refus faits aux revendications des habitants ne sont pas toujours pour autant des accords consentis aux seigneurs

⁴⁶ AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé*, op. cit. note 2, p. 124.

⁴⁷ VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale...*, op. cit. note 45, p. 39. D'ailleurs, défendant la même argumentation, d'autres auteurs mettent en doute l'ampleur des agissements seigneuriaux parce qu'*"il [le mouvement seigneurial] se compose de faits géographiques sporadiques, et de cas curieux, qui ont frappé les contemporains, et qui, pour cette raison, pourraient bien être exceptionnels. Pour savoir s'il s'agissait vraiment de faits fréquents, courants et qui se produisaient partout, il faudrait une enquête générale et systématique. Ensuite, il faudrait comparer les résultats de cette enquête à d'autres, identiques, pratiquées à des époques différentes, pour savoir si vraiment les trente années qui précèdent la Révolution sont une époque de réaction seigneuriale."* MOUSNIER Roland, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, vol. 1, Paris : PUF, 1990 (1^e éd. 1974), 586p, p. 418.

⁴⁸ VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale...*, op. cit. note 45, p. 46.

contre les prétentions desquels la royauté devait également se défendre. L'attitude de la royauté est complexe : elle ne se situe pas systématiquement en faveur des seigneurs contre les habitants, les raisons principales à cela sont le plus souvent liées à des questions de fiscalité et d'autorité. Sur la question, Gérard Chianea montre le jeu qui existe entre ces deux facteurs et surtout qu'une opération fiscalement intéressante pour la royauté, mais qui pourrait par trop favoriser les intérêts des seigneurs locaux, est abandonnée pour préserver la souveraineté royale⁴⁹. Le roi, face à l'ensemble des seigneurs, n'est pas en position de force, et, malgré, la résistance populaire pour le maintien des communaux, le processus de démantèlement débute sous la pression seigneuriale qui accapare un grand nombre de terres.

Le droit de triage que consacre l'ordonnance de 1669 sur les Eaux et Forêts est le résultat direct de la thèse défendue par les feudistes. Partant du principe que la concession appartient originellement au seigneur, ce droit lui permet de reprendre un tiers des communaux en toute propriété. Le seul recours de la communauté des habitants est de prouver sa possession par un titre, selon l'adage développé par les feudistes, "Nulle terre sans seigneur"⁵⁰. Nous l'avons vu, les communautés ont rarement de titre à présenter, le triage, c'est-à-dire le partage individualisé, fut donc opéré dans la plupart des cas. Ainsi, sous l'influence des théories physiocrates qui mettent en valeur le rôle du propriétaire, *"au nom de la liberté des exploitants, de la productivité des terres et de la modernité de l'agriculture"*⁵¹, les communaux sont peu à peu partagés dans de nombreuses provinces au cours du 18^e siècle. Le système peut être soit égalitaire, par tête quelque soit la superficie détenue dans la communauté, soit non égalitaire, c'est-à-dire au prorata de l'étendue de terres détenues. Même si la logique aboutit au même résultat, à savoir la disparition progressive des communaux, l'esprit entre les deux systèmes n'est pourtant pas le même, le premier est favorable au plus pauvre. Une procédure à l'origine royale est également

⁴⁹ *"L'administration a misé sur le développement agricole et les progrès liés à la propriété individuelle, mais elle a en même temps évité toute rupture avec la conception juridique ancienne : pour respecter les ordonnances de Colbert, la propriété de la commune a été confirmée ; pour respecter la société féodale, les privilèges seigneuriaux ont été conservés. Les ambitions réformatrices sont atténuées par le respect des coutumes de chaque province. Malgré une volonté de loi générale au départ, administrateurs et agronomes ont adopté une attitude pragmatique."*⁴⁹ VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale...*, op. cit. note 45, p. 48 et voir également sur le sujet CHIANEA Gérard, "Directe royale universelle et souveraineté royale en Dauphiné sous l'ancien régime", *Mélange Roger Aubenas*, Montpellier, Université Montpellier I et Recueil de mémoires et de travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, fascicule IX, 1974, 818p, p. 142-156.

⁵⁰ L'adage "Nulle terre sans seigneur", connu depuis le 13^e siècle, mais attribué au Chancelier Duprat, mort en 1535, est en principe usité dans le Nord de la France, tandis que dans le Midi et l'Est de la France, c'est la formule "Nul seigneur sans titre" qui est d'usage. Cependant, le premier adage étant opératoire à Paris, il tend à s'imposer à tout le territoire. La portée de la distinction concerne la preuve de la possession de sa terre. Dans le premier cas, la communauté doit prouver sa propriété, la propriété étant présumée étant celle du seigneur, dans le second cas, c'est le seigneur qui doit prouver l'existence du titre qui atteste de sa propriété.

⁵¹ BART Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit. note 3, p. 262.

utilisée par les seigneurs pour accroître leur autorité sur les communaux. Il s'agit de la "directe universelle", elle vise également les alleux et est symptomatique d'une mutation des représentations de la relation occupation/propriété de la terre.

B : Théorie de la directe royale et sortie du rapport féodal

La théorie de la directe universelle est à l'origine une initiative royale datant du 13^e siècle. Elle consiste pour le roi à entreprendre une action juridique directe sur toutes les terres du royaume, pour pouvoir les soumettre à des taxes domaniales. Il le fait en sa qualité de souverain-fief, c'est-à-dire que tous les fiefs du royaume appartiennent plus ou moins directement en définitive au roi, selon la chaîne de relation seigneur/vassal. Rappelons que si ces terres relèvent en dernière instance du roi, selon la théorie du double domaine que nous avons examinée, elles ne constituent pas une propriété royale. Si les seigneurs revendiquent, par cette voie, les terres des communaux, la procédure royale vise, quant à elle, les terres allodiales. Le Code Michau de 1629 généralise la directe royale à toutes les terres du royaume, sauf en cas de preuve expresse d'allodialité et impose l'adage "Nul franc-alleu sans titre"⁵². L'alleu permet d'illustrer le pluralisme des pratiques médiévales liées à la "propriété" de la terre qui n'étaient pas toutes inscrites dans les cadres féodaux (1). Cette entité, qui a pu apparaître comme une "anomalie" pendant l'époque médiévale n'est pourtant pas un phénomène isolé, dans la mesure où les représentations du rapport féodal à la terre occupée connaissent également une mutation, décelable dans le processus de patrimonialisation des tenures (2).

1) Représentations médiévales de l'alleu, une particularité médiévale

Dans le contexte féodal, l'alleu est à rapprocher du phénomène de patrimonialisation des tenures, car il est, dès son origine, libéré de tout lien seigneurial. L'institution s'observe dans différentes régions européennes. D'autres exemples de "*possessions foncières inaliénables*" existent dans le reste de l'Europe. L'alleu franc peut être rapproché de l'*odal* scandinave⁵³. Même si la similitude phonétique n'offre pas réellement d'éléments de rapprochement certains, selon les linguistes, "[il] y a tout lieu de supposer que l'*odal* et l'*alod* représentaient la même institution, laquelle

⁵² Le texte de l'article 383 du Code Michau est le suivant : "*Tous héritages relevant de nous en pays coutumier ou de droit écrit sont tenus et sujets aux droits et lods, ventes, quintes, et d'autres droits ordinaires, selon la condition des héritages et coutumes des lieux. Et sont tous héritages ne relevant d'autres seigneurs censés relever de nous, sinon, pour tout ce que dessus, que les possesseurs des héritages fassent appareoir de bons titres qui les en déchargent.*", cité dans AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé*, op. cit. note 2, p. 103.

⁵³ Le terme *odal* désignait la possession familiale, le patrimoine transmis par héritage de génération en génération et supposait l'inaliénabilité en dehors du clan familial.

cependant a suivi des destins divers en raison des conditions sociales différentes qui existaient en Scandinavie et dans l'État franc."⁵⁴ Les auteurs débute souvent leurs développements consacrés à l'alleu en précisant qu'il est une bizarrerie juridique de la période médiévale, mais ils ressentent pourtant tous le besoin d'y faire allusion, tant cette institution annonce les évolutions futures de la notion de propriété. Cette attitude pose question. Ce commentaire nous semble pouvoir être mis sur le compte des représentations "négatives" de la période médiévale. Cette période est tellement associée au régime féodal qu'il est parfois difficile de se résoudre à admettre l'existence d'autres mécanismes pour organiser la possession et l'utilisation des terres.

Pourtant, les alleux sont présents sur l'ensemble du territoire, mais ils sont disséminés et les terres concernées recouvrent des petites superficies. La formule "[on] *sent les alleux paysans partout présents*" de Georges Duby illustre bien la situation de menace seigneuriale permanente mais également la renaissance des alleux qui se reconstituaient aussitôt défaits, "*par l'appropriation subreptice de terres mal surveillées, par la négligence du seigneur à exiger les redevances, qui bientôt sortaient de la mémoire collective, donc de la coutume, et perdaient leur légitimité. Pour n'avoir rien payé pendant des années, tel champ ou tel pré était réputé ne plus rien devoir, chacun le tenait pour libre.*"⁵⁵ L'intérêt vient également du fait que l'alleu a fait l'objet d'un traitement particulièrement agressif de la part des juristes médiévaux, les feudistes, pour conseiller le roi dans ses politiques d'accaparement de ces terres. D'un point de vue doctrinal, il est ainsi intéressant d'étudier comment il est possible de "triturer" une théorie pour atteindre les objectifs que l'on s'est fixés, à savoir en l'espèce, comment intégrer les terres allodiales dans un rapport féodal afin d'en tirer un revenu fiscal pour financer, entre autres, les guerres royales. L'argument a consisté à nier le caractère allodial et à trouver à ces terres une origine anciennement féodale. Ainsi, l'histoire de l'alleu, c'est paradoxalement et a contrario, l'histoire de la construction d'une présomption féodale, donc d'une représentation.

Un des procédés de rhétorique juridique est de définir l'alleu a contrario, attitude que l'on retrouve avec l'englobement du contraire développé par Edgar Morin, puis par Étienne Le Roy, et qui consiste, quelles que soient les périodes historiques et les latitudes, à affirmer et à imposer pour l'ordre en place la suprématie de son mode de pensée, et ce, de manière parfois inconsciente. Ainsi, le juriste Dumoulin au 16^e siècle qui a pourtant manifesté son hostilité à la

⁵⁴ GUREVIC Aron, "Représentations et attitudes à l'égard de la propriété...", op. cit. note 14, p. 529.

⁵⁵ DUBY Georges, *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval. France, Angleterre, Empire, IX^e-XV^e siècles*, Paris : Flammarion, 1977, 2 vol. 285p et 288p, vol. 1, p. 9.

féodalité dans ses travaux sur la coutume de Paris, évoque "*ce que l'alleu n'est pas, plutôt qu'il dit ce qu'il est.*" Parce que le système auquel il faut se référer est le cadre féodal et qu'"on a tellement perdu l'idée de propriété qu'on est devenu incapable de donner une définition de l'alleu."⁵⁶ Et, même a posteriori, les définitions proposées le déterminent selon les concepts féodaux, qui plus est, eux-mêmes empruntés à la tradition romaine : "[l]'alleu est le seul droit réel immobilier intégral susceptible de cumuler le domaine direct et le domaine utile, réunis dans la même main, lorsque l'alleutier exploite personnellement son bien."⁵⁷ Même si la définition nous paraît refléter ce que pouvait en effet être l'alleu, il n'est pas certain que les alleutiers se le représentaient comme tel. Nous retrouvons nos interrogations sur le décalage, irrémédiable, entre les constructions théoriques et la manière dont elles sont vécues.

Pour mettre en place les impôts consécutifs à la directe royale, les légistes proposaient des arguments anti-allodiaux en remontant à leurs origines : selon eux, il était démontré qu'à l'époque franque, le roi des Francs avait distribué les terres sous forme de fief à ses guerriers les plus valeureux tandis que les Gaulois étaient devenus serfs. Ces arguments présentés comme étant opposé à la reconnaissance de l'alleu devaient être complétés par ceux en faveur de la directe universelle. La théorie du "roi souverain fiefteux de tous les fiefs du royaume" est précisée par l'argument selon lequel les terres concernées sont allodiales ou non-allodiales. Ce raisonnement est résumé par l'éloquente définition du *Dictionnaire du domaine* au 18^e siècle : "*Alleu, espèce de tenure dont l'origine est inconnue et qui vraisemblablement n'existe pas en France. Il peut y avoir des héritages devenus libres par affranchissements, mais il ne peut y avoir de francs-alleux naturels et absolus dans le royaume.*"⁵⁸ Ce que nous pourrions appeler un stratagème pour mettre en place de nouvelles taxes qui seraient dues sur les terres soudainement devenues féodales, n'a eu que très peu d'effets en pratique. Les ordonnances prises en ce sens ont toutes rencontré une résistance des Parlements concernés ; pensons à celle de Bordeaux en 1629, pays de tradition fortement allodiale. Le pouvoir n'a, en effet, pas eu l'autorité suffisante pour mettre en œuvre des dispositions très peu applicables dans un contexte social où les pratiques allodiales étaient très présentes. Ainsi, les représentations relatives à la propriété n'ont pas attendu 1789 pour être transformées par les populations.

⁵⁶ GRANDCLAUDE Maurice, *Histoire du Droit Privé (cours de doctorat : Histoire de la propriété foncière)*, Paris : cours dactylographié 3, place de la Sorbonne, 1933-1934, 372p, p. 246.

⁵⁷ BALON Joseph, *Les fondements du régime foncier au Moyen Âge depuis la chute de l'empire romain en Occident*, Louvain : E. Nauwelaerts (section belge de la commission internationale pour l'histoire des assemblées d'États), 1954, vol. VII, 198p, p 118.

⁵⁸ GRANDCLAUDE Maurice, *Histoire du Droit Privé*, op. cit. note 56, p. 270.

Le premier objectif de la procédure de directe royale ou universelle à l'encontre des alleux est d'ordre fiscal, la royauté a tout intérêt à faire entrer des terres allodiales, libres de tout droit, dans la catégorie des terres soumises aux droits féodaux. L'utilisation de cette procédure associée à l'institution de la seigneurie a contribué à la construction étatique, c'est-à-dire au renforcement de l'autorité royale puis étatique. *"La seigneurie impliquait un lien de protection et de fidélité entre le seigneur et ses sujets. Les sentiments de fidélité étaient vivaces chez les Français. Le roi utilise ces sentiments en cherchant à relier chaque français à lui-même par un lien personnel. Comme le roi incarne l'État, en rattachant tous les Français à sa personne, il consolide le pouvoir de l'État. La seigneurie est un de ses moyens."*⁵⁹ L'incarnation de l'État moderne dans la personne du roi s'est développée jusqu'à ce que le concept et la représentation de l'État soient suffisamment assis pour ne plus avoir besoin de l'incarnation royale pour se maintenir. Tous les mécanismes pour prendre possession des terres, qu'ils soient une initiative royale pour des raisons fiscales avec la directe universelle ou celle des seigneurs sur les communaux avec les triages, sont mis en œuvre dans un contexte juridique en pleine mutation. Les cadres féodaux résistent de moins en moins aux pratiques juridiques : les droits du domaine utile montent en puissance au détriment du domaine éminent seigneurial. Toujours dans un processus lent, s'amorce la sortie du régime féodal.

2) Consolidation du domaine utile vers la patrimonialisation

La notion de "directe universelle royale" pourrait être une illustration de la recherche d'unification du droit en matière domaniale. Plusieurs processus illustrent la sortie du rapport féodal dans la gestion des terres ; l'un d'eux concerne la patrimonialisation progressive des tenures : l'attribut de propriétaire transmute du détenteur du domaine éminent à celui du domaine utile. Le constat se fait notamment au moment des héritages. Il résulte du processus de patrimonialisation le maintien de l'existence de différents droits réels sur le même bien. Précisons que même si, après le 13^e siècle, l'organisation féodale en tant qu'organisation politique commence déjà à décliner, elle continue de commander le régime des biens. Les solutions juridiques romaines sont ensuite dépassées, le droit féodal reconnaissant même l'existence de deux droits de propriété. Ce glissement s'explique par l'évolution progressive du contenu des droits du seigneur et du vassal, en faveur de ce dernier. Plusieurs processus procèdent de ce glissement. Le caractère héréditaire de la tenure et la possibilité à certaines conditions, de plus en plus souples, d'aliéner sa tenure vont dans le sens d'une dégradation de la

⁵⁹ MOUSNIER Roland, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, op. cit. note 47, p. 420.

relation *intuitus personae* spécifique de la relation entre seigneur et vassal. D'un point de vue terminologique, on rencontre aussi bien les termes de censive que de tenure. Ce dernier terme est générique et désigne toutes les concessions de terres démembrées, celui qui en bénéficie, que ce soit l'emphytéote, un fidèle du roi ou un paysan, "*a l'usage de chose, il la "tient" et la retient si on veut lui reprendre d'où le nom très général de "tenure"*".⁶⁰ La censive se distingue des fiefs qui sont des tenures nobles. Dans chacun de ces cas, le processus de patrimonialisation s'est imposé à l'institution seigneuriale. Les mécanismes qui attestent l'accentuation de la patrimonialisation sont l'aliénation de la tenure et l'héritage.

L'héritage est la procédure admise la première. Les questions juridiques posées consistaient à savoir dans quelle mesure la censive pouvait être transmise aux héritiers et même parfois démembrée. La transmission par héritage s'est développée et ne pose plus de problème dès le 13^e siècle car les tenures sont considérées comme appartenant au lignage plus qu'à l'individu. "*Les tenures rurales ont bénéficié de l'hérédité sans avoir à forcer des barrages aussi hauts que les fiefs à leurs débuts. La terre s'offrait si généreusement aux hommes de bonne volonté, les concurrences entre les maîtres étaient si vives que, pour retenir les paysans, pour assurer la stabilité des exploitations et la perception régulière des prestations, les seigneurs ont répondu au désir du monde rural. La maison et les champs du tenancier passaient à ses enfants. Ce ne fut pas sans réticence aux X^e et XI^e siècles où "les héritiers naturels" devaient demander le renouvellement de la concession. A la mort du seigneur, son successeur exigeait la même formalité. Puis ces barrières tombèrent à diverses dates.*"⁶¹ Ces dates varient selon les régions, régions qui se distinguent notamment lorsque la question du démembrement entre les enfants se pose. Même si les pays coutumiers ont une plus grande tendance à favoriser l'aîné et la masculinité alors que les pays de droit écrit mettent en œuvre une politique d'égalité entre tous les héritiers, ces contrastes régionaux sont atténués par le souci "*d'assurer la continuité dynastique et maintenir la puissance de la "maison", tout en accordant à chaque enfant des moyens d'existence.*"⁶² La possibilité de transmettre la tenure à ses héritiers est le premier pas vers la possibilité de l'aliéner. Ainsi, la pratique a également, dès le 13^e siècle, admis l'aliénation de sa terre par le tenancier.

⁶⁰ OURLIAC Paul et GAZZANIGA Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil*, op. cit. note 18, p. 220. Il est possible de distinguer deux grands types de tenures : les censives, concédées contre une redevance fixe, et les tenures à part de fruit, c'est-à-dire où le loyer est proportionnel au travail effectué. La censive n'est donc qu'un cas particulier de ces tenures mais, parce que la tenure à cens est un cadre particulièrement souple et large, elle a fini par désigner au 14^e siècle toutes les tenures roturières, même si selon les coutumes et les pays, elle peut prendre des appellations variables.

⁶¹ BOUTRUCHE Robert, *Seigneurie et féodalité. L'apogée XI^e-XIII^e siècles*, Paris : Montaigne, 1970, 549p, p. 120.

⁶² BOUTRUCHE Robert, *ibidem*, p. 232.

L'assouplissement des conditions de la procédure d'aliénation est un indicateur de la patrimonialisation. Si les taux des taxes de mutation⁶³ se maintiennent, la marge de manœuvre du seigneur pour l'accepter ou la refuser tend à diminuer. Dans certains cas, en effet, une autorisation préalable par le seigneur est requise pour l'aliénation des fiefs ; le seigneur peut faire valoir son droit de retrait et incorporer la terre qui était concernée par l'aliénation, dans son domaine éminent. Ces techniques ont pour objectif de limiter le démembrement des fiefs et représentent pour le seigneur l'assurance d'obtenir plus facilement les services attachés à ces fiefs. Pourtant, à partir du 13^e siècle, les vassaux aliènent leur tenure sans autorisation, en arrachant après coup au seigneur une confirmation difficile à refuser. Pour les censives, la procédure est encore plus souple. *"La censive française est ainsi devenue une tenure extrêmement souple et complètement patrimoniale."*⁶⁴

Il faut alors se demander, de la même façon qu'on a pu se poser la question à propos du bail emphytéotique, qui des deux occupants des deux domaines se trouve dans une position qui lui permettra de consolider l'ensemble des droits qu'il peut développer sur sa terre. Qu'il s'agisse du censitaire ou du vassal, selon que la tenure est roturière ou noble, l'accroissement de ces droits ne fait que progresser pendant tout le Moyen Âge. *"Ce qui est étrange, c'est qu'on ait alors, en 1789, parlé d'abolir la "féodalité". L'expression était aussi inexacte que possible, le régime de la terre ayant considérablement évolué en quelque quatre cents ans."*⁶⁵ L'inexactitude de la formule "l'abolition de la féodalité en 1789" intéresse les représentations liées à la nature des liens juridiques pendant la période médiévale et mérite quelques commentaires et explications. Le censitaire est considéré comme le *"vrai maître du fonds"* dès le 13^e siècle, le monde paysan a su adapter et imposer l'évolution de ses exigences aux seigneuries. Quant au vassal, il peut hériter, sous-inféoder, aliéner, constituer des rentes ou déguerpir du domaine utile qui devient finalement beaucoup plus mobile que le domaine éminent sur lequel le seigneur est *"comme un navire à l'ancre."*⁶⁶

Tout autre est la situation de l'alleutier qui évolue hors des cadres de la féodalité, sa terre étant libre dès l'origine. Cette institution attire l'attention : devant la puissance de la sombre imagerie

⁶³ Le quint denier pour le fief et les lods et ventes pour les censives. Le terme lods vient de *laudes* qui signifie approbation.

⁶⁴ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 31, p. 267.

⁶⁵ PERNOUD Régine, *Pour en finir avec le moyen âge*, Paris : Seuil, 1977, 151p, p. 67.

⁶⁶ BOUTRUCHE Robert, *Seigneurie et féodalité*, op. cit. note 61, p. 244.

féodale, drainée par les représentations collectives sur la période médiévale, elle est relativement mal connue. Pourtant, elle illustre le pluralisme des situations juridiques de la période ; ainsi, les hommes médiévaux n'étaient pas étrangers à cette forme particulière de possession, pourtant d'origine non-romaine. Les ruptures politiques et juridiques de la fin du 18^e siècle sont présentées comme plus radicales qu'elles ne l'ont sûrement réellement été ; elles ont eu en fait surtout pour résultat de diversifier, et donc de rendre plus complexes, les lectures du contenu de la notion juridique "propriété" et les interprétations possibles des représentations contenues dans le Code civil.

Section 2 : Lois, pratiques et représentations de la propriété

La codification a été précédée d'un long mouvement où les esprits se sont peu à peu préparés à la codification du droit. Si le résultat le plus marquant de ce processus est sans conteste le Code de 1804, celui-ci n'est finalement que l'aboutissement d'un processus entamé de longue date. Naturellement les questions relatives à la propriété ont été incluses dans l'unification et en ont même constitué l'un des pans fondamentaux. Et là encore, le processus de patrimonialisation et d'individualisation s'est élaboré lentement, la codification étant l'une de ces modalités de mise en œuvre. Arrêtons-nous sur la période qui a précédé et pour ainsi dire préparé les travaux de codification et de réforme du droit de propriété (§ 1), avant de rentrer dans le détail des interprétations relatives à la propriété telle qu'elle est présentée dans le Code de 1804 (§ 2),

§ 1 : Rupture des conceptions du régime de la propriété

Avant 1804, un grand nombre de décisions politiques, suivies de textes juridiques, ont été prises pour sortir de régime féodal. L'abolition de ce régime a affecté deux grands types de droits. Ceux concernant les personnes et ceux touchant aux régimes des terres. Les droits affectant les personnes – les corvées et toutes les servitudes personnelles – ont été abolis purement et simplement sans indemnité. Les droits qui régissaient les rapports entre les personnes et les terres ont, dans un premier temps, été abolis assortis d'indemnité⁶⁷ ; ce qui a compliqué et ralenti la suppression. C'est sur ces modalités de suppression, faites par à-coups, que nous allons nous pencher dans un premier temps, pour apprécier en quoi consiste juridiquement le tournant de 1789 sur le contenu du droit de propriété (A), mais aussi sur les représentations du territoire comprises dans la catégorie juridique du domaine public. Pour faire état des influences et interprétations du Code, il nous paraît nécessaire de situer le cadre idéologique et les courants les plus dynamiques au moment de la codification (B).

⁶⁷ Le principe des indemnités n'a pas été retenu pour les biens de l'Église. L'administration a été chargée des biens des seigneuries ayant appartenu à l'Église avant leur mise à la disposition de la Nation. La mise à disposition s'est traduite par la confiscation des biens de l'Église. Les deux formules suggèrent l'ampleur des débats qu'ont pu provoquer de telles dispositions.

A : Les réformes révolutionnaires des droits de propriété sur la terre

Nous venons de voir comment le processus de délitement du régime féodal des terres a commencé bien avant les déclarations et réformes révolutionnaires. Le régime était loin d'être uniforme et connaissait plusieurs formes de gestion de la terre : censives, communaux, alleu. Les alleux, plus répandus dans le Midi de la France où les cadres seigneuriaux se sont implantés avec plus de nuances que dans les pays de coutumes du Nord, sont individualisés précocement, et ont été l'objet de toutes les convoitises royales, mais se sont maintenus même après les réformes révolutionnaires de la terre. Les tenures propres à la féodalité, censives et fiefs, posaient des difficultés autrement plus complexes (1), auxquelles il faut adjoindre les modalités de maintien et de réorganisation du statut des communaux (2).

1) Fiefs et censives : réformer les propriétés divisées

Le premier temps fort de libération des terres du régime juridique féodal déjà, en grande partie, nuancé par les pratiques à la veille de la Révolution, est l'abolition des privilèges par les Constituants dans la nuit du 4 au 5 août 1789. Cette disposition de l'Assemblée nationale signe officiellement la fin du régime féodal et comporte des conséquences importantes sur la nature du régime des différents types de terres. Alors que les modalités pratiques de conversion des terres ne sont pas encore précisées et posent déjà des difficultés pratiques, la loi du 26 août, celle de la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, réitère l'importance nouvelle du "droit de propriété". A cette date, à peine trois semaines après l'abolition de la féodalité, de quelle propriété parle-t-on exactement ? La question mérite d'être posée dans la mesure où il paraît peu probable que dans un délai si court, les idées soient tout à fait précises sur le régime à venir et les mentalités tout à coup métamorphosées. D'ailleurs, Jean Bart nous rapporte que certaines versions de ladite *Déclaration* du 26 août attestent de l'ambiguïté existante car il y est noté : "*Les propriétés étant un droit inviolable et sacré...*". Le pluriel utilisé peut avoir plusieurs sens ; il peut aussi bien faire référence aux propriétés, utilisé dans le sens de "terres" où l'on décèle le glissement de la notion de droit de propriété vers la chose appropriée – ce n'est pas l'objet de la propriété qui est inviolable mais le droit de propriété sur cet objet – qu'aux structures féodo-seigneuriales, c'est-à-dire à la notion de double domaine où se distingue un domaine éminent et un domaine utile. Dans les deux cas, il y a hésitation sur le sens que les auteurs de la *Déclaration* ont voulu donné ; ce qui peut se comprendre, étant donné qu'on ne passe pas d'une conception de la société et du droit à une autre si rapidement.

S'il est facile de comprendre en quoi peut consister théoriquement la fin du régime féodal, il est moins évident d'appréhender les conséquences pratiques d'une telle disposition. Concrètement, les terres sont libérées des droits féodaux et deviennent donc des alleux, ce qui signifie que les occupants, dont les seigneurs, doivent justifier leur présence et le cas échéant racheter leurs droits. Étant donnée la complexité des régimes et des coutumes, il est facile d'imaginer l'enchevêtrement des droits auxquels devaient faire face les responsables des opérations. Pour ce faire, un comité des droits féodaux est créé, chargé justement d'établir les différentes prérogatives éventuelles des occupants ; puis, la loi du 15 mars 1790 a pour objectif de liquider les anciens droits féodaux⁶⁸. Le point d'achoppement principal a résidé dans les modalités de preuve des titres qui dans la plupart des cas avaient disparu ou n'avaient jamais existé, puisque souvent les pratiques juridiques ne faisaient pas l'objet de transcription. D'ailleurs, nous avons mentionné comment la rédaction du droit a été un processus lent qui a laissé la majorité de la population à l'écart. La preuve était si difficile à établir pour les occupants des domaines utiles qu'en conséquence les anciens seigneurs étaient favorisés. En outre, les conditions tarifaires de rachats des droits sur les terres étaient prohibitives et parfois impossibles pour l'occupant des terres. *"La seule satisfaction de ceux qui ne peuvent opérer leur rachat est de les [les redevances] devoir non plus à titre de droits "féodaux", mais en vertu de "baux", alors qu'ils sont propriétaires de leurs fonds !"*⁶⁹ Finalement, si certains rachats ont eu lieu, en dépit de la difficulté de mise en œuvre, la suppression de la féodalité s'est surtout "construite", si l'on peut dire, dans les représentations collectives, au fur et à mesure de la disparition de tous les symboles qui renvoyaient aux anciennes pratiques.

Rappelons en effet que le contexte socio-politique des années 1790 était mouvementé : la chute de la monarchie a encouragé les populations à exiger plus de souplesse pour faciliter la libération des terres. Le renversement de la charge de la preuve est décidé, puis, la suppression du rachat, vécu comme un vestige humiliant de la féodalité, est votée par la Convention le 17 juillet 1793. La loi supprime tous les droits féodaux, ce qui a déjà été établi, mais va plus loin en les supprimant sans indemnité, ce qui résout, de fait, la question du rachat. Ces mesures en libérant les terres, libèrent aussi les esprits. *"Pour que l'abolition ne demeure pas à l'état de principe et afin de prévenir le retour des anciennes coutumes, la loi prévoit même la destruction de tous les*

⁶⁸ La loi est adoptée par l'Assemblée constituante sur le fondement du rapport de Merlin de Douai, elle abolit sans indemnité les droits seigneuriaux supposés usurpés ou créés par la violence.

⁶⁹ BART Jean, *Histoire du droit privé...*, op. cit. note 3, p. 462.

documents qui pourraient rappeler la mémoire des temps féodaux."⁷⁰ Cette disposition appelle deux remarques. Elle souligne l'état d'esprit de rejet radical de l'ancien régime, que nous connaissons sous la forme d'une image caricaturale de la période médiévale qui persiste encore aujourd'hui dans les mentalités. D'autre part, la volonté du législateur de faire disparaître toutes traces atteste de la difficulté de réformer lesdites mentalités. A la fin du 18^e siècle, les fondements du régime féodal sont juridiquement abolis, mais la réforme des esprits est un processus bien plus compliqué et lent. Les dernières traces du passé féodal concernent aussi bien les armoiries, les monuments et les pratiques qui mettaient encore en œuvre l'esprit féodal, que les communaux qui posaient déjà de nombreuses difficultés pendant la période pré-révolutionnaire. Le sort de ceux-ci est réglé dans les années 1792-1793.

2) Maintien des communaux ?

Nous avons vu dans quelle mesure le processus de démantèlement des communaux a débuté dès le 17^e siècle, à l'instigation des seigneurs qui les convoitaient et revendiquaient ces terrains lors des opérations de triage, en vertu d'une "concession primitive". La loi de mars 1790 sur les droits féodaux supprime pour l'avenir ces droits de triage. La question en suspens consiste à aménager le nouveau statut et déterminer à qui reviennent les terrains collectifs, aux communes, aux villageois ou aux anciens seigneurs. Les difficultés politiques et juridiques pour rendre aux communes les biens que les seigneurs s'étaient appropriés à tort, étaient telles qu'après la chute de la royauté, la loi du 28 août 1792 annule rétroactivement les triages opérés depuis l'ordonnance de 1669. Cette mesure reconnaît aux communes les droits qu'elles se sont vus usurper, mais le débat entre maintien en communaux ou partage individualisé reste entier. La solution adoptée après moult discussions par la loi du 10 juin 1793 qui ne retient ni le partage obligatoire ni le maintien en l'état, permet de s'adapter aux différentes situations agraires des villages. Finalement, cette attitude souple, puisque le partage est facultatif, n'est pas une loi en faveur de l'individualisme agraire défendu par les Physiocrates, et ce, contre toute attente, dans l'esprit pourtant individualisant attribué à l'époque post-révolutionnaire.

Dans la pratique, peu de partages furent réalisés, puis très vite, en 1796, la loi fut suspendue par le Directoire. La Révolution a remplacé l'emprise seigneuriale sur les communaux au profit, non pas de la communauté villageoise mais de la commune, créée par la loi du 14 décembre 1789. Sous l'Empire et la Restauration, certaines mesures permettent à nouveau un partage qui favorise

⁷⁰ BART Jean, *ibidem*, p. 463.

les propriétaires. Il faut attendre la loi municipale de 1837 pour que les Conseils municipaux qui sont élus depuis 1831, retrouvent leur contrôle sur les terres communes. Ces divers retournements de situation reflètent les difficultés pour résoudre la question des communaux. Théoriquement, l'avis de 1838 du Conseil d'État *"confirme l'interdiction du partage en décidant que les communaux "constituent la propriété indivisible du corps de commune". Désormais, les communes peuvent bien vendre les biens de communaux mais, juridiquement, l'opération ne peut être analysée comme partage."*⁷¹ L'article 542 du Code civil permet en effet une interprétation dans le sens de l'appartenance à la commune, pourtant leur usage est affecté aux habitants de la commune⁷². Ce tour de passe-passe juridique est intéressant du point de vue des mentalités et de la perception des réformes juridiques. Les communaux ont toujours été l'objet de tensions sociales et l'occasion pour le monde paysan de manifester son mécontentement et son malaise⁷³. La gestion patrimoniale qui prévaut sur ces espaces est le processus selon lequel un territoire est géré comme un patrimoine commun, où *"l'espace est considéré comme un ensemble de biens à valoriser pour les transmettre dans les meilleures conditions possibles à la génération qui suit."*⁷⁴ Cette gestion où les populations sont parties prenantes, tend à trouver un équilibre entre l'intérêt général et le fait de subvenir aux besoins de chacun des membres de la communauté.

En pratique à la fin du 18^e siècle, le partage des communaux se maintient mais il est débarrassé de tous les attributs qui suggéraient les anciens cadres féodaux. Pourtant, les influences du Code et les interprétations qui en ont découlé ne sont pas homogènes et plus complexes que le laissent penser les représentations relatives aux évolutions de la façon de penser le droit de propriété à cette époque qu'il s'agisse du domaine public comme de la propriété privée.

⁷¹ OURLIAC Paul et MALAFOSSE Jehan de, *Histoire du droit privé*, op. cit. note 22, p. 195.

⁷² Les communaux représentent encore aujourd'hui 10 % du territoire national français, répartis sur les territoires des communes et sur les forêts domaniales.

⁷³ *"L'agriculteur est peut-être de moins en moins "maître chez lui" ; la sacro-sainte propriété privée n'est peut-être plus aussi sacro-sainte, car de fait un certain environnement comme bien collectif semble être reconnu parfois comme prioritaire..."* CARRE Laurence, "Communs et communaux en France : heurs et malheurs d'une ressource commune", LAVIGNE DELVILLE Philippe (dir.), *Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? Réconcilier pratiques, légitimité et légalité*, Paris : Karthala/Coopération française, 1998, 739p, p. 708-719, p. 718-719.

⁷⁴ CUBRILO Miliça et GOISLARD Catherine, *Bibliographie et lexique du foncier en Afrique noire*, Paris : Karthala/Coopération française, coll. Économie et développement, 1998, 415p, p. 321. *"Une série d'acteurs s'implique donc dans la question des communaux, en leur donnant de nouvelles finalités. La définition de ces finalités (et donc la hiérarchie des usages), les nouvelles règles de gestion s'inventent au travers de rapports de force, de confrontations, et de négociation entre ces différents acteurs. (...) L'exploitation en commun est surtout une histoire de "confiance". C'est quand elle s'affaiblit que tout bascule. Lorsque les usagers sont tous de la commune, qu'ils se connaissent, ils se contrôlent mutuellement."* CARRE Laurence, ibidem, p. 714. Voir également GARRETT Hardin, "The tragedy of the commons", *Science*, n° 162, déc. 1968, p. 1243-1248. Consultable sur <http://www.constitution.org/cmt/tragcomm.htm>

B : Courants de pensée juridiques et constructions doctrinales de la propriété

On peut considérer que les différentes réformes de la terre et de la propriété de la fin du 18^e siècle sont déjà en soi une préparation à la codification. Les acteurs, déjà tous en place dans les Parlements et les différents conseils, sont imprégnés des discussions et débats qui ont eu cours pendant les périodes pré et post-révolutionnaires. Ainsi, avant de considérer les travaux préparatoires stricto sensu, jetons un regard sur les différents courants juridiques en présence et la teneur des idées défendues au tournant du 19^e siècle. Elles influencent les constructions doctrinales relatives au domaine public et au domaine privé de l'État qui font l'objet de nombreuses théories (1), et aux manières de concevoir le Droit en général (2).

1) Le domaine public existe-t-il ?

Pour définir les limites et le contenu du domaine public, le Code civil reprend les grands principes du "Code domanial" de 1790 qui réaffirme le principe d'inaliénabilité, sous la pression des juristes domanialistes qui proposent de renforcer la protection du domaine. Pour eux, tous les biens, y compris ceux du domaine casuel, sont immédiatement unis à la Couronne, *"parce que la personne privée du roi, éteinte et confondue dans la personne publique, n'a aucune existence dans l'ordre de la loi."*⁷⁵ Dans le Code de 1804, le domaine national devient le domaine public. Ce changement d'appellation n'est pas innocent et a des conséquences juridiques liées au changement de représentations de ce domaine. Il n'est plus question d'un espace défini par son propriétaire, le roi ou la Couronne, mais par la nature des biens qui le composent. Le changement de terme a enclenché une différenciation des deux domaines, national et public, pourtant synonymes dans l'esprit des rédacteurs du Code civil⁷⁶.

Sortis de la période médiévale, les questionnements sur l'existence et le régime du domaine public se sont axés sur le critère de définition du domaine public. Paradoxalement, si les principes du régime applicable à ce que l'on pourrait appeler le domaine public, sont stabilisés – inaliénabilité, imprescriptibilité, indisponibilité –, en revanche, ce sur quoi ces principes doivent être justement appliqués, continue de poser question. Le principe d'inaliénabilité, un temps présenté comme la marque du domaine public, est lui aussi l'objet de discussions au sein des courants doctrinaux du 19^e siècle et de pratiques qui tendent à limiter le principe dans son application. *"Il est apparu à la doctrine que la soumission de l'ensemble des dépendances*

⁷⁵ OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines...*, op. cit. note 31, p. 322.

⁷⁶ LAVIALLE Christian, "Du domaine public comme fiction juridique", JCP, 1994, I, n° 3766, p. 259-265, p. 260.

domaniales à un régime uniforme n'était pas satisfaisante. Elle s'efforça de trouver une justification juridique à une distinction entre les dépendances domaniales : une distinction dont la conséquence serait que le principe d'inaliénabilité ne s'appliquerait qu'à certaines de ces dépendances."⁷⁷ C'est la tendance défendue par Victor Proudhon dans son *Traité du domaine public* en 1834 qui se fonde sur la lecture de l'article 538 du Code civil⁷⁸. Son attitude, conformément à l'esprit majoritaire de son temps, est de rester le plus proche possible du droit écrit et de limiter autant que possible l'étendue du domaine public afin de réduire le champ d'application du principe d'inaliénabilité ; quant au régime applicable, il ne s'agit pas de propriété puisque les personnes publiques – autre construction juridique – concernées "*ne peuvent avoir sur ces dépendances qu'un droit de garde et de surintendance*."⁷⁹ Ces limitations se feront par le biais de la théorie des affectations. Le régime de protection du domaine public ne s'applique dans la vision proudhonienne qu'aux biens affectés à l'usage de tous, suivant la lettre du Code.

Le régime public est-il si particulier ? En d'autres termes, existe-t-il réellement des biens insusceptibles d'appropriation privée ? Maurice Hauriou et Marcel Waline ont répondu à cette interrogation par la recherche d'un critère distinctif. Le premier fait dépendre l'appartenance au domaine public de son affectation ou non, décidée par l'administration. Cette solution n'a pas été retenue par le droit positif à l'époque car elle contenait le risque de voir s'étendre démesurément le domaine. De plus, cette extension dépendait du bon vouloir de l'administration, or, "*il n'est pas satisfaisant de définir le domaine public comme étant ce que l'administration veut qu'il soit*."⁸⁰ C'est Marcel Waline qui propose le critère le plus proche de celui adopté à partir de 1956 par le droit positif, en considérant que doit appartenir au domaine public "*tout bien qui, soit en raison de sa configuration naturelle, soit en raison d'un aménagement spécial, est particulièrement adapté à la satisfaction d'un besoin public et ne saurait être remplacé par aucun autre dans ce rôle*."⁸¹ Cependant, cette position plus ou moins arrêtée ne saurait faire oublier que les controverses autour de la question du domaine public perdurent⁸² que ce soit pour apporter un

⁷⁷ CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 2, Paris : Montchrétien, 1995, 711p, p. 322.

⁷⁸ Le texte de l'article 538 est le suivant : "*Sont considérés comme des dépendances du domaine public : les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée*."

⁷⁹ CHAPUS René, *Droit administratif général*, op. cit. note 77, p. 323.

⁸⁰ CHAPUS René, *ibidem*, p. 326.

⁸¹ WALINE Marcel, *Les mutations domaniales*, Dalloz, 1925, p. 45. En 1956, date de l'arrêt du Conseil d'État *Société Le Béton*, qui fixe le droit positif sur le critère d'appartenance au domaine public, notamment en insistant sur la notion d'*aménagement spécial*", Recueil Lebon, p. 375 et AJ. 1956, 2, p. 472. concl. M. Long.

⁸² "*La richesse des antécédents historiques, les solutions partielles et disparates données par la loi, les formules prudentes et évolutives de la jurisprudence, l'intérêt juridique du problème lié à l'une des pièces fondamentales et*

critère ou, c'est ce qui va nous préoccuper dans les lignes suivantes, pour remettre la particularité du domaine public, notamment le fragile principe d'inaliénabilité, en question.

L'existence même d'un régime spécifique du domaine public est mise en doute, dans le sens où selon Duguit et Auby, il n'y aurait pas de nette distinction entre le régime du domaine public et celui du privé, mais seulement "*la juxtaposition d'une pluralité de régimes qui ne sont séparés que par des différences de degré, quant à la part de droit privé dont chacun est constitué.*"⁸³ L'idée développée dans ce sens permet à ces auteurs de créer "*une échelle de domanialité*" par degré de publicisation. Quoique cette formulation puisse être séduisante, cette conception paraît éloignée des pratiques qui révèlent que les dépendances du domaine public demeurent à l'extérieur du commerce des biens du domaine privé. Les doutes sur l'existence de la notion même de domaine public et du régime correspondant, d'autres auteurs les partagent de manière encore plus radicale, en suggérant l'idée de "*fiction juridique*" à propos de l'existence de ce domaine qui ne serait pas si particulier et ne nécessiterait donc pas un régime spécial quant à sa propriété. Ce qui nous intéresse dans l'argumentaire de cette tendance, c'est la manière dont la construction juridique du domaine public a été élaborée et s'est imposée, en dépit de certains paradoxes. Christian Lavialle s'interroge sur la pluralité des domaines publics – national, local, naturel, artificiel, appartenant à une personne publique, à l'usage du public ou encore affecté à un service public – qui pourtant sont régis par un régime unique de domanialité. Il émet l'hypothèse que "*le domaine public est un artefact juridique. (...) Cette affectation est indispensable, mais artificielle, en ce sens qu'elle est une création sociale.*"⁸⁴ Certes. Il n'en reste pas moins vrai que la construction juridique du domaine public conserve une grande portée dans les pratiques contemporaines.

Le montage juridique autour de la domanialité publique soulève des questions qui concernent l'ensemble de la notion de propriété. Le principe d'inaliénabilité du domaine public et celui de l'absolutisme de la propriété privée sont deux principes qui connaissent tous les deux des exceptions qui peuvent le cas échéant les vider de leur contenu ; pour le premier, le déclassement du domaine est toujours possible et pour le caractère absolu de la propriété, des raisons d'utilité publique permettent, le cas échéant, l'expropriation. Comment expliquer que les exceptions,

les plus élaborées du droit privé – la propriété – tout devait faire du critère de la domanialité publique, le problème d'élection des constructions doctrinales." LONG Marceau, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Sirey, 1993, 820p, p. 538, note sous l'arrêt C.E. *Société "Le Béton"*, 1956, Recueil Lebon, p. 375.

⁸³ CHAPUS René, *Droit administratif général*, op. cit. note 77, p. 327.

⁸⁴ LAVIALLE Christian, "Du domaine public comme fiction juridique", *JCP*, 1994, I, n° 3766, p. 259-265, p. 264.

pourtant lourdes d'effets, ont été occultées de la mémoire collective ? La nature du domaine public repose sur une accumulation de distinctions, présentée comme des différences avec la propriété privée, qui n'en sont finalement pas. L'idée selon laquelle le domaine public serait un laboratoire constant des modes de possession et d'utilisation n'est pas étrangère à celle applicable à la propriété dans son ensemble puisque la vision traditionnelle, héritée de la rupture révolutionnaire peut, elle-aussi, faire l'objet d'interprétations variées quant à son contenu juridique et sa finalité politique dans une perspective sociale.

2) Les écoles juridiques en présence au moment de l'application du Code

Le rationalisme s'est installé lentement dans l'esprit des juristes. Il s'exprime d'abord dans la forme du droit. La sagesse stoïcienne, l'augustinisme, inspiré du néo-platonisme, le cartésianisme sont quelques-uns des éléments de l'histoire de la rationalité juridique. Et à chacune de ces étapes de la pensée, la présentation codifiée du droit a toujours fasciné les juristes, surtout ceux qui avaient le temps de réfléchir à cette question. Cependant, si une représentation homogène des idées nous est parvenue, est-elle à nuancer. A chaque moment et temps fort de l'histoire juridique, ont eu lieu des débats et des querelles vives entre la façon de concevoir le droit et la façon de l'organiser dans la société. *"Pour la connaissance de la civilisation d'une époque, l'illusion même dans laquelle ont vécu les contemporains a la valeur d'une vérité."*⁸⁵ Pourtant, il est difficile de faire transparaître avec précision la teneur et surtout l'intensité, sur le moment, des oppositions en présence. On ne retient que les grands traits, les plus spectaculaires, ceux qui permettent d'identifier les différentes parties. Dans la pratique, les situations idéologiques sont toujours plus complexes : nous l'avons constaté, par exemple, sur la question de la séparation entre pays de coutume et pays de droit écrit, où les différents droits sont bien plus enchevêtrés que la présentation traditionnelle ne le laisse paraître. L'époque médiévale a donc connu des débats doctrinaux, et, comme formant une chaîne de pensée, ces échanges doctrinaux ont perduré et se retrouvent à la fin du 18^e siècle, à la veille de la codification. Si nous discutons l'idée d'unité du droit qui a été élaborée laborieusement, comme pour mieux illustrer que le contenu du droit n'est pas, par essence, unitaire et universel, nous pourrions également parler de la mythologie qui influence les idées développées par le mouvement révolutionnaire. Ainsi, si l'unité formelle du droit est acquise à la fin du 18^e siècle, celle concernant ses fondements ne l'est pas tout à fait. La présence d'un courant majoritaire, influence conjointe du droit naturel et du

⁸⁵ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p, p. 46, citant Huizinga J. *L'automne du Moyen Âge*, Paris : Payot, 1975 (1^e éd. 1919).

culte de la loi, ne peut faire oublier les réticences d'auteurs plus critiques pour adopter ces cadres de réflexion.

Après la publication du Code, l'école de l'exégèse s'est appliquée à interpréter ses propositions, dans l'esprit conforme à ce courant, c'est-à-dire dans le respect le plus "pur" de la parole du législateur. Mais au milieu du 19^e siècle, cette école est en déclin. Peu à peu, la force du Code s'est avérée insuffisante pour les auteurs qui considéraient que le droit devait aller au-delà de la lettre et même de l'esprit de la loi, ceux-ci ne suffisant plus pour contenir les subtilités de la notion de propriété. Les débats qui opposaient les différentes écoles avant le Code n'ont pas disparu, ils se sont transformés. A l'encontre des méthodes de l'école de l'exégèse, attachée à la lettre du Code et à la volonté du législateur, il s'agit de déterminer s'il est possible de pousser l'interprétation au-delà des dispositions codifiées ; cette hypothèse concerne le rôle attribué au juge et sa capacité à intégrer dans son jugement le contenu des coutumes. Celles-ci, bien que fondues dans un même corps de texte, n'en continuent pas moins d'exister et surtout d'être les premiers rapports au droit de la majorité de la population.

Dans le contexte de l'après-Code, où il est difficile de sortir du culte de la loi, c'est de l'Allemagne que viennent les prémices d'un début de réhabilitation de la coutume, en particulier par les auteurs de l'école de droit historique, fondée par Savigny (1779-1861), et leurs condisciples. De nombreuses relations existaient entre les pensées allemande et française ; on retrouve généralement les mêmes types de débat dans les deux pays, à quelques décennies d'écart (le temps que les écrits aient franchi les frontières géographiques et culturelles) mais avec des modalités d'interprétation adaptées aux cultures juridiques, liées par un héritage commun depuis le Saint Empire germanique⁸⁶. Outre-Rhin, le Code est commenté : *"Savigny reprochait aux rédacteurs du code civil d'avoir construit une œuvre abstraite et désincarnée, une architecture de légalité purement rationaliste, et d'avoir ainsi coupé le droit français de ses racines vivantes :*

⁸⁶ La comparaison, ou du moins la mise en relation, est intéressante car certains thèmes font successivement débat dans l'un et l'autre des pays. Notamment sur une question qui nous a déjà préoccupée à propos de la définition du droit : comment droit naturel et droit positif se combinent-ils l'un avec l'autre, tout en étant pourtant idéologiquement fondés sur des principes très différents ? Cette question s'est précisément posée entre les écoles allemandes dites "de philosophie du droit", qui souscrivent à la méthodologie jusnaturaliste inspirée de la Raison du siècle des Lumières, et "l'école historique du droit" dont l'un des représentants les plus influents est Frédéric Charles von Savigny. Cette école considère le droit comme une création populaire spontanée où la coutume tient, nous l'avons signalé, un rôle essentiel tandis que pour l'école philosophique, le droit est l'expression du législateur à travers la loi. Pourtant, ces deux écoles vont se "retrouver" dans ce qu'on a appelé le Pandectisme.

les coutumes et la ratio scripta, c'est-à-dire le droit romain."⁸⁷ Ce commentaire est peut-être excessif quand on a en mémoire la position de Portalis sur la question ; il n'était pas dupe sur l'exercice que représente la codification. Cependant, il n'en reste pas moins vrai que la loi rend "la vie du droit", selon l'expression de Jean Hilaire, plus rigide et que la branche française de l'école de droit historique est très marginale et se maintient seulement de la Restauration de la royauté en 1814 à la Révolution de juillet 1830. Pourtant, Jacques Poumarède rappelle à bon escient le climat intellectuel de cette courte période : toute la vie culturelle et scientifique bouillonne d'idées nouvelles, notamment transportées par le courant Romantique, exceptée la discipline juridique, arc-boutée sur la défense du Code... Pour les jeunes juristes de l'époque, l'école historique représentait une respiration⁸⁸. La *Revue historique du droit français et étranger* rassemble tous ceux qui s'intéressent au rôle de la coutume ; on y retrouve le jeune Henri Klimrath, auteur de la *Géographie coutumière*, déjà évoquée. Cependant, la suprématie de l'école de l'exégèse connaît quelques reculs, à la fin du 19^e siècle. En effet, parmi les juristes issus de cette école se fait également ressentir la nécessité d'aller au-delà du Code, que ce soit dans sa lettre ou son esprit.

Ce qui nous intéresse dans ce processus, c'est là encore la multiplicité des interprétations, non seulement du droit. Dans leur rapprochement les deux écoles adoptent en les adaptant les concepts de l'autre courant. C'est le cas par exemple, pour la notion de droit naturel que l'école historique réfute quand il est considéré comme lié à la Raison ; mais elle le réintègre parmi ses concepts avec un contenu différent qui "*ne renvoie plus à la Raison, mais aux institutions historiques, dans la Vocation, Savigny affirme que le droit naturel est le droit qui se réalise dans*

⁸⁷ POUMAREDE Jacques, "Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse (Les débuts de l'école française de droit historique)", JOURNÉS Claude (dir.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Lyon : PUL, 1986, 164p, p. 95-112, p. 95.

⁸⁸ A cet égard, nous ne pouvons résister à restituer les "impressions" de l'auteur de la première thèse française sur Savigny en 1829, Eugène Lerminier, rapportées par Jacques Poumarède qui ne se sont pas sans évoquer, étrangement, les sensations que les jeunes juristes d'aujourd'hui peuvent ressentir en découvrant l'anthropologie juridique. "[Dans] l'exaltation par laquelle passent à dix-neuf ans les jeunes gens dont l'imagination s'enfle, il me fallut, comme on dit, "faire mon droit". Avec quel ennui mêlé de dédain j'ouvris les cinq codes ! Sur ces entrefaites, le hasard fait tomber entre mes mains un petit livre de M. de Savigny, De la vocation de notre siècle en législation et en jurisprudence. Je ne revins pas de ma surprise : l'auteur distinguait droit et loi, parlait du droit d'une manière passionnée, en faisait quelque chose de réel, de vivant, de dramatique... ce fut au milieu de mes études un soulagement et un progrès d'embrasser à peu près l'histoire de la science dans ses époques essentielles." POUMAREDE Jacques, "Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse...", ibidem, p. 98. Cet enthousiasme ne nous a pas laissée indifférente, il reflète l'état d'esprit que nous-même nous avons ressenti au moment de découvrir l'anthropologie juridique qui constitue elle aussi une autre manière de "faire son droit" ou de "refaire son droit". On peut retrouver ces impressions dans notre contribution "L'anthropologie juridique ou la vie rêvée d'une apprentie-juriste", *Cahiers d'anthropologie du droit* 2004, et *Revue Droit et cultures*, hors-série 2004/4, p. 313-322.

l'histoire parce qu'il est la création spontanée de chaque peuple."⁸⁹ Cette définition du droit n'est pas tout à fait celle développée par les tenants du courant jusnaturaliste dans lequel c'est la loi qui importe. Nous pouvons donner un exemple de ce processus avec la pensée d'Emmanuel Kant ; il nous est suggéré par Christian Atias qui tente de mesurer l'influence de sa pensée sur l'esprit du Code. Christian Atias rejette l'hypothèse d'une influence kantienne marquée et note que "[les] rédacteurs du Code civil ont délibérément enraciné leur œuvre dans la tradition juridique française. Les grandes dispositions du Code – les articles 544 et 1134 notamment – sont directement issues des ouvrages de juristes des XVII^e et XVIII^e siècles. (...) Il est plus probable que le kantisme a exercé son influence sur la pensée juridique française à la fin du XIX^e siècle seulement et qu'ainsi il a moins contribué à l'adhésion des juristes français à l'interventionnisme du Code qu'au socialisme juridique qui lui a succédé ; c'est pour combattre le Code que ses adversaires ont cru pouvoir y insérer un kantisme trop facile à critiquer."⁹⁰ Ces différents glissements sont pour nous l'occasion de souligner une nouvelle fois les décalages existant entre les interprétations, y compris au sein d'un même système de représentations. On observe ce phénomène également dans les interprétations révolutionnaires des "notions romaines" définissant ce qu'on appelle "la propriété".

§ 2 : Discussions autour des constructions juridiques de la propriété

Nous avons suggéré les déformations des concepts romains par les juristes médiévises. Ce processus d'"interprétation-déformation" n'est ni spécifique au Moyen Âge, ni au droit romain en particulier. Il peut s'observer à toute époque, être appliqué à tous les changements quels qu'ils soient, avec un phénomène d'accumulation des représentations successives qui compliquent davantage encore la compréhension. Ainsi, aujourd'hui, à la transformation du droit romain qui a débuté au Moyen Âge, s'ajoute celle des courants de pensée révolutionnaires. Ces glissements de sens qui peuvent parfois sembler être des caricatures s'expliquent parce qu'il y a débat à chaque étape du processus d'élaboration juridique. Qui dit débat, dit opposition des attitudes en présence. Les déformations sont souvent le fait de la "partie adverse", c'est-à-dire de ceux qui s'opposent à telles ou telles réformes ou idées particulières. Ce retournement des arguments nous paraît assez symptomatique de l'état des mentalités dans lequel une certaine façon de présenter le droit de propriété a été imposée peu à peu. C'est en partant de l'"état des lieux" des courants de pensée

⁸⁹ DUBOUCHET Paul, *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, Paris : L'Hermès, 1994, 492p, p. 143.

⁹⁰ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1999, 349p, p. 93.

que nous pourrions montrer comment s'est opéré un glissement des concepts romains : ceux-ci, réappropriés par les auteurs modernes, ont été l'objet d'une transformation qui peut s'apparenter à une déformation du droit romain (A), ces réaménagement théoriques, finalement assez compréhensibles, illustrent le caractère éminemment politique du contenu juridique de la notion de propriété (B).

A : Le prétendu héritage romain : glissement de concepts relatifs à la propriété

L'un des paradoxes du Code consiste à être de nature romaniste dans sa façon de présenter les différentes matières qu'il développe, tout en étant une création qui s'éloigne sur le fond des concepts romains. Cette ambiguïté a été répercutée jusqu'à transparaître dans les représentations de la propriété contemporaine. La difficulté est de déterminer, tout en étant conscient de la situation, à savoir que nos catégories – les notions de sources du droit, de droit réel ou de droit personnel – ne sont pas pertinentes car elles n'existaient pas à l'époque romaine, et donc en souhaitant être le plus vigilant possible, comment ne pas "plaquer" nos catégories juridiques actuelles pour comprendre le droit romain ? Comment, cependant, procéder autrement ? *"L'induction dite baconienne, à partir de faits singuliers est, comme on sait, un instrument logique fallacieux, et les hypothèses historiques ont cette faiblesse, faute de témoin survivant, d'être invérifiables. Au total, il n'est pas forcé que nos savants manuels nous apportent une image plus juste du droit romain que les glossateurs."*⁹¹ Les glissements de sens se sont accumulés, les uns n'ont pas remplacé les suivants : ils se sont superposés. La fascination des juristes médiévaux pour la rigueur du raisonnement juridique romain a été complétée par celle des codificateurs pour la classification dans le droit. Cependant, les interprétations de ce sur quoi doit porter la propriété ont donné lieu, non pas à des erreurs⁹², mais plutôt à ce que nous appellerions des choix sélectifs sur le sens affecté aux concepts, selon les besoins et l'idéologie du moment. Même si les interprétations des auteurs du 18^e siècle aboutissent à des impasses aujourd'hui, il est difficile de leur reprocher de ne pas avoir prévu les évolutions juridiques sur 200 ans. Un des hiatus porte sur l'objet de la propriété : est-ce une chose, un bien ou un droit (1) ? D'autre part, les distinctions entre droits objectifs et subjectifs représentent l'un des éléments de compréhension et d'explication des "glissements de concepts" (2).

⁹¹ VILLEY Michel, "Sur une maladie de la section historique du droit", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 396-408, p. 407.

⁹² En réaction à une proposition de Michel Villey qui critique *"l'habitude qu'ont les manuels de transposer dans le droit romain les catégories empruntées à la science juridique moderne (...). Il en est sorti forcément de fausses interprétations, des corrections indues de textes, bref, des erreurs."* VILLEY Michel, *ibidem*, p. 406.

1) L'objet de la propriété : droit corporel et droit incorporel

Dans la logique du droit romain, le *dominium* peut porter aussi bien sur des *res*⁹³ corporelles qu'incorporelles. Cette vision est attestée par le *dominium* du *pater familias* qui porte aussi sur les droits des membres de sa famille. Un premier glissement est opéré pour adapter ce mécanisme aux spécificités féodales. Nous l'avons détaillé, ce glissement revient à "créer" pour les utilisateurs de la terre un droit sur la chose d'autrui. *"La subjectivité patrimoniale ne s'exprimait pas alors à travers la technique moderne du droit subjectif, mais au moyen de la figure romaine du dominium, puissance générale de la personne sur tous les biens et droits. Le droit objet de la propriété n'était pas un pouvoir du sujet mais un rapport juridique objectif, au surplus incorporé dans la terre pour pouvoir être opposé à ses acquéreurs successifs ; il était "un droit dans la chose", un jus in re."*⁹⁴ Frédéric Zenati continue l'analyse du glissement sémantique en observant la responsabilité des glossateurs dans ce processus. L'occupant de la terre, c'est-à-dire le vassal ou censitaire, a agi en empruntant l'action du propriétaire de la terre, à titre utile. *"[Les] glossateurs ont, à partir de l'idée que toute revendication est fondée sur un pouvoir, fondé l'action du tenancier sur un dominium original. Non pas la propriété de son droit, car encore une fois, c'était la chose objet du droit qui était revendiquée, mais, donc, la propriété de la chose elle-même. Une propriété secondaire, inférieure à celle du propriétaire de la terre, une propriété utile."*⁹⁵ Cette analyse sur la nature de l'objet est intéressante, à ceci près qu'en qualifiant d'*inférieure* la propriété, elle apporte un jugement de valeur, cette approche n'est pas nécessaire et nous paraît évolutionniste : en quoi la "propriété utile" serait-elle *inférieure* à la "propriété éminente" ? Il faut considérer ce processus comme une adaptation aux besoins et demandes des populations qui a conduit à la patrimonialisation des tenures. Nous retenons cependant l'analyse juridique car elle donne une idée des ambiguïtés et difficultés intégrées dans le Code quelques décennies plus tard, notamment en ce qui concerne la nature du droit de propriété.

Pour poursuivre sur le thème du glissement conceptuel, ajoutons que les post-glossateurs, prenant les conséquences de la perte d'influence de la propriété d'un droit, ont fusionné celle-ci avec la propriété sur la chose, changeant la nature du *dominium*. Ainsi, selon Bartole, la propriété portait dorénavant sur une chose corporelle et non plus sur un droit. *"Le célèbre post-glossateur*

⁹³ Nous préférons utiliser le mot latin au lieu d'une traduction en "chose" ou "bien" qui pourrait brouiller les pistes pour la compréhension de la suite.

⁹⁴ ZENATI Frédéric, "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1993, p. 305-324, p. 308.

⁹⁵ ZENATI Frédéric, *ibidem*, p. 308.

justifie cette affirmation par la considération qu'étant un droit, la propriété ne peut porter sur un droit. Il y a là un aveu non équivoque de l'imputabilité du rétrécissement de l'objet de la propriété à sa mutation en droit. Quand le *dominium* était une puissance, il pouvait porter indifféremment sur des corps et sur des droits. A partir du moment où il est ravalé au rang d'un droit sur une chose, il ne peut plus porter que sur une chose, par hypothèse corporelle. Cette manipulation scolastique des textes romains est à la base de la théorie classique des biens, bien peu romaine en vérité."⁹⁶ Finalement, le matériau juridique sur lequel travaillent les juristes qui préparent la codification relève plus des logiques et des besoins féodaux que romains. Mais, leurs attitudes de rejet consistant à se départir de tout ce qui pouvait rappeler l'Ancien Régime, les rédacteurs du Code ne reprennent pas la théorie bartolienne de la propriété. C'est-à-dire que la propriété de 1804 ne porte pas seulement sur des choses corporelles : la propriété est décrite comme pouvant porter aussi bien sur une chose que sur un bien, mais il n'est jamais dit explicitement dans le Code que la propriété puisse avoir une nature incorporelle. Le Code le permet mais le problème, en ce qu'il jette un voile sur la compréhension de la notion de propriété, est qu'il le permet de manière implicite. A considérer le fonctionnement des représentations, celles-ci peuvent tout à fait comprendre et intégrer l'implicite, encore faut-il que le contexte idéologique permette de le penser. D'ailleurs, Pothier, auteur influent du Code, dans son "*Traité du droit de domaine de propriété*" datant de 1772, admet explicitement dans la tradition romaine, la possibilité d'un *dominium* sur des choses incorporelles.

La nature corporelle de l'objet de la propriété est une interprétation doctrinale de la loi ; la doctrine postérieure a apporté des interprétations plus critiques à ce discours majoritaire. "*Loin de mériter le vernis romain dont on la pare, cette théorie [celle de la propriété] qui prend des libertés avec la lettre du code n'est qu'un vestige anachronique de la conception médiévale des biens formulée dans son état achevé par Bartole.*"⁹⁷ Plusieurs transformations ont été opérées par les glossateurs à propos de l'objet sur lequel porte la propriété et ont abouti à un glissement de la propriété d'un droit à la propriété de la chose elle-même : le propriétaire d'un droit alors qu'il peut l'être d'un droit ou d'une chose, est réduit à ne l'être seulement d'une chose. Une confusion est instaurée entre "le droit de propriété" et l'objet sur lequel porte ce même droit de propriété. Une confusion qui n'existait pas dans le Code civil, mais qui est apparue, par construction, après coup. "*Ce qui a manqué, c'est une philosophie de la propriété réelle, de la propriété telle qu'elle se gère et se transmet, telle qu'elle entre en conflit avec les propriétés contiguës... Ce qui a*

⁹⁶ ZENATI Frédéric, *ibidem*, p. 308-309.

⁹⁷ ZENATI Frédéric, *ibidem*, p. 306.

manqué c'est une philosophie des abus et du voisinage, une philosophie des démembrements. Elle aurait notamment dû éclairer le choix entre une propriété-droit sur la chose, une propriété-qualité du titulaire et une propriété-qualité de la chose. Le droit français se désintéresserait volontiers de la condition du propriétaire, comme du statut des choses appropriées."⁹⁸ La question a une incidence car de nouvelles modalités du droit de propriété ont été "créées" où il n'est pas envisageable de parler seulement de chose quand il s'agit d'appliquer les principes du droit de propriété à des biens immatériels tels que les valeurs mobilières, les fonds de commerces ou la propriété intellectuelle qu'elle soit artistique ou scientifique pour protéger respectivement les œuvres et les brevets d'invention⁹⁹.

La méthode de l'École historique est réhabilitée dans une certaine mesure, permettant une vision plus large de ce que recouvre la propriété. De ce mouvement, émerge, sous l'impulsion du doyen Aubry en collaboration avec Rau, la notion de patrimoine ; elle n'est pas présente explicitement dans le Code mais permet l'adaptation aux évolutions de la pratique. Leur publication, *Cours de droit civil français*, osait s'affranchir de l'ordonnancement proposé par le législateur du Code civil, à contre-courant de l'école de l'exégèse. Sortant de l'expression réductrice des biens du Code, ils présentent, non plus la propriété, mais la notion de patrimoine défini comme "*une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle.*"¹⁰⁰ Cette définition qui reste conceptuelle et de nature philosophique, donc non opératoire instantanément, permet pourtant un nouveau point de départ pour réfléchir sur le rapport des hommes avec leur environnement et les conflits que ces relations peuvent engendrer. "*La notion juridique de propriété elle-même semble désincarnée. Tout se passe comme si une technique ancienne et complexe dissimulait les enjeux véritables des discussions et prises de positions juridiques. L'instinct de propriété, la liberté caractéristique de la propriété et son efficacité économique semblent oubliés. Au résultat, la propriété devient davantage un principe directeur qu'une notion. Son contenu est presque indifférent puisqu'elle a vocation à réunir tous les droits sur les choses, mais ne peut être dénaturée par quelque amputation ou démembrement que ce soit. Son objet ne l'affecte pas. La notion juridique de propriété est définie, mise en œuvre, défendue ou combattue, en oubliant qu'elle n'existe qu'en*

⁹⁸ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 90, p. 218.

⁹⁹ CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ, 1995 (8^e éd.), 441p, p. 281-282.

¹⁰⁰ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd. (1^e éd. 1935) p. 231, t. VI, cité par DUBOUCHET Paul, *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, op. cit. note 94, p. 159.

situation."¹⁰¹ L'importance du contexte culturel, religieux et politique est indéniable. Il influe sur l'application de la notion, mais plus encore sur la compréhension de ses mécanismes.

Les mécanismes de la notion de propriété se comprennent mieux quand elle est considérée comme portant sur des droits qui peuvent être aussi biens corporels qu'incorporels ; cette attitude permet d'introduire la notion de propriété sur des droits et ainsi de saisir toute l'amplitude des droits contenus dans "le" droit de propriété. Bien que les droits portant sur la terre semblent a priori porter sur un bien corporel, on peut se demander si finalement les droits en question ne portent pas plus exactement sur la variété des actions possibles, c'est-à-dire sur les "droits d'agir" sur ce bien-fonds, développés par Alain Rochegude. Pour s'en convaincre, considérons la question de la propriété foncière qui nous intéresse tout particulièrement dans ce travail, elle permet de mieux saisir en quoi la propriété est une construction juridique. "[La] *notion même de propriété foncière est intrinsèquement hypothétique, si l'on se donne la peine d'y réfléchir. La simple idée qu'une partie de la surface de la terre puisse "appartenir" à quelqu'un, comme une chemise ou un outil, n'est rien d'autre qu'une fiction culturelle inscrite dans les lois et sanctionnée par elles. On ne possède pas la terre parce qu'on la produite ou parce qu'on l'a achetée de celui qui l'aurait produite. Le propriétaire foncier ne peut transporter son fonds avec lui d'un endroit à un autre. Il n'en est propriétaire que par une convention juridique qui prétend que le sol est une possession personnelle. Et rien n'illustre mieux ce propos que la situation des seigneurs de la Nouvelle-France. La propriété d'une seigneurie n'implique pas la propriété du sol. Ce qui est possédé, c'est un ensemble de droits spécifiques et limités sur l'activité productrice qui s'y exerce.*"¹⁰²

Le contenu des droits liés à l'usage du sol est tout à fait particulier, il est centré sur l'usage qu'il en est fait. Il nous semble que la façon d'appréhender les droits sur le sol permet d'envisager le

¹⁰¹ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 90, p. 217. Dans le même sens, Jean Carbonnier affirme "Au vrai, rien n'est simple dans la réalité que l'article 544 recouvre si simplement. C'est déjà en soi une erreur, pour la sociologie, que d'étudier le droit de propriété en général. Sociologiquement, la propriété n'existe pas ; il n'existe que des propriétés diverses, autant que de catégories de choses et de personnes – sans préjudice des dimensions – toutes ces variables devant être combinées. La remarque n'a pas seulement une portée scientifique, mais politique : à traiter la propriété comme un bloc – celle des fabriques de souliers et celle de mes souliers – on rend toute conclusion législative impossible. Les uns savent tendre le piège ; les autres ne savent point s'en garder." CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, op. cit. note 99, p. 289-290.

¹⁰² Ce propos est celui d'Allan Greer qui s'interroge sur la situation des seigneurs en Nouvelle-France. Mais sa remarque est transposable à la situation des seigneurs de France et illustre le phénomène de patrimonialisation des tenures. "C'est qu'ils n'ont pas de pouvoir d'éviction : si les paysans ne versent pas les redevances, leur seul recours est d'intenter une poursuite en justice, comme tout autre créancier. Il est donc évident qu'ils ne sont pas des "propriétaires", au sens où on l'entend aujourd'hui", GREER Allan, *Brève histoire des peuples de la Nouvelle-France*, Boréal, 1998, 165p, p. 55.

droit de propriété d'une manière générale, en ouvrant les horizons quant à son contenu. "*Car, parmi tous les biens, la terre a cette originalité irréductible d'être en quantité finie : ce que l'un prend au-delà de son quotient paraît nécessairement enlevé aux autres ; pour elle, l'espoir est interdit, ou l'illusion dont on se berce pour d'autres richesses, qu'en augmentant la production, on pourra donner plus à ceux qui n'ont rien sans rien enlever à ceux qui ont beaucoup.*"¹⁰³

Dans cette intention, la notion de patrimoine permet de concevoir une théorie plus globale de la propriété. Or, le Code civil contient *implicitement* ces aspects – la difficulté est que le Code civil ne semble pas tenir *explicitement* compte de ces nouvelles perspectives. La propriété ne porte pas seulement sur la chose, mais sur un droit relatif à un bien. Ce à quoi s'ajoute l'exercice proprement dit de ce droit d'action. Dans cette configuration, on retrouve certains éléments connus de la théorie classique développée dans le Code : sur ce droit, le propriétaire peut exercer son pouvoir d'action juridique. Tandis que le caractère absolu est largement remis en cause dans le cas de la propriété sur une chose, il reprend tout son sens, si la propriété est considérée porter sur un droit.

2) Le droit de propriété en action : usus et droits subjectifs

Dans l'imaginaire collectif, l'article 544 trouve sa source en 1789, associé à la symbolique de la nuit du 4 août pour jaillir en 1804 et signer la condamnation de la féodalité. "*Une telle datation repose décidément sur trop d'approximation. (...) L'absolutisme de la propriété ne devient principe fondamental qu'en cette fin du XIX^e siècle où il est combattu par la nouvelle doctrine et défendu comme un assiégé.*"¹⁰⁴ Michel Villey analyse ce processus et met en lumière une double mauvaise compréhension de la propriété romaine : nous savons qu'elle a été déformée par les médiévistes mais elle a été également mal comprise par les auteurs modernes. "*C'est ainsi que la propriété pour les romains n'est pas l'attribut d'une personne, mais est dite d'une chose. (...) Également inconnu à Rome, l'étrange besoin qu'ont ressenti les juristes modernes d'universaliser le régime de la propriété, de répandre sur tout le champ du droit (y compris sur le droit public)*

¹⁰³ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, op. cit. note 99, p. 297.

¹⁰⁴ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, op. cit. note 90, p. 275. Cette interprétation "*oublie que la formule légale est la traduction littérale de la définition de la propriété que donnaient les postglossateurs cinq siècles plus tôt. Elle oublie que la féodalité n'avait plus guère de signification au XVIII^e siècle et bien avant la Révolution. Elle oublie que, cinquante ans plus tard, la République n'hésiterait pas à revendiquer, au nom des exigences de l'efficacité fiscale, l'héritage du domaine éminent prétendument aboli pour reconstituer la propriété absolue dans la pureté des principes romains. Elle oublie que la propriété romaine a bien peu de parenté avec ce droit subjectif découvert par les nominalistes franciscains chargés de concilier la richesse de leur ordre avec le vœu de pauvreté liant ses membres.*"

un concept forgé d'un point de vue étroitement individualiste."¹⁰⁵ Or, la doctrine des droits subjectifs est peu développée dans le Code civil, excepté la théorie d'origine romaine des droits réels¹⁰⁶.

Liées aux interprétations sur la corporalité de la propriété, les questions relatives aux droits subjectifs ont éclaté fin 18^e siècle, mais ont commencé à émerger dès le 16^e siècle. En effet, les théories des droits subjectifs vont de pair avec l'apparition de l'individualisation des droits. Les théoriciens libéraux qui ont développé ces conceptions juridiques dans le courant du 17^e siècle étaient encore trop influencés par le droit romain pour pousser leurs idées jusqu'à rendre les droits de l'individu inaliénables et sacrés. De plus, le contexte de l'époque – rappelons que l'esclavage européen s'organise et sera même défendu par la plupart des auteurs des Lumières – ne favorise pas ce genre de théories. Sur l'apparition de la notion de droit subjectif, là encore, les ambiguïtés apparaissent. Les auteurs qui ont soulevé les premiers la question se fondent souvent sur le corpus du *juris civilis* romain en le déformant. Ce sont ces déformations qui laissent croire à une filiation entre droit romain et droits subjectifs ; or, ces derniers étaient pourtant étrangers aux conceptions romaines. *"Même si certaines de leurs expressions peuvent apparaître ambiguës, en particulier lorsqu'elles s'appliquent à des droits incorporels, jus signifiait chez eux statut objectif d'une personne ou d'un bien, (...) non droit subjectif inhérent à tout individu."*¹⁰⁷ Quand les auteurs précurseurs sur la question des droits subjectifs s'intéressent à la propriété, ils analysent non pas comment classer les choses, mais comment définir les pouvoirs que les hommes pourraient avoir sur ces dites choses.

Sur ce thème, les écrits du juriste Hugues Doneau attirent l'attention. Cet *"auteur méconnu"*, contemporain de Cujas, dont le nom est tombé dans l'oubli, *"paradoxalement est l'un des rares juristes de l'ancienne France dont les écrits ont été réédités jusqu'en plein XIX^e siècle"*, surtout en Allemagne et aux Pays-Bas¹⁰⁸. C'est cet état de fait étonnant qui a attisé la curiosité de Jean-Louis Thireau. Si le point de départ de l'analyse de Hugues Doneau reprend les cadres classiques

¹⁰⁵ VILLEY Michel, "Notes sur le concept de propriété", op. cit. note 20, p. 195.

¹⁰⁶ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p, p. 134.

¹⁰⁷ THIREAU Jean-Louis, "Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n° 26, de la codification/2, PUF, 1998, p. 81-100, p. 90.

¹⁰⁸ Le mystère de son oubli n'en est pas un : enseignant pendant 20 ans à l'Université de Bourges, il fut continuellement en opposition théorique avec Cujas, et surtout, converti au protestantisme, il dut fuir la France en 1572 pour échapper au massacre de la Saint-Barthélemy. Le contexte juridique de l'époque ne permettait peut-être pas l'émergence de telles hypothèses théoriques : ceci dans la mesure où l'invention scientifique, la création de nouveaux concepts dépend du milieu vivant et des besoins et attentes de ce milieu, autrement dit des aspirations des sociétés en mutation.

romanistes (modalité d'acquisitions...), ses considérations sur le contenu du droit de propriété sont beaucoup moins succinctes que dans les *Institutes*. Thireau parle d'hypertrophie de ses développements qui "*passent longuement en revue toutes les facultés, qui selon lui [Hugues Doneau] composent ce droit de propriété, avec une prolixité révélatrice de l'importance qu'il leur reconnaît.*"¹⁰⁹ Dans quelle mesure, cet auteur de la fin du 16^e siècle dont l'histoire n'a pas retenu le nom, a-t-il pu avoir une quelconque influence sur l'esprit de la codification ? L'histoire juridique est mobile, ses idées voyagent. L'apport de cet auteur sur les droits subjectifs se situe dans l'influence qu'il a eue sur les auteurs allemands, notamment Grotius, et par conséquent sur le droit naturel que l'on retrouve très présent dans le traitement du droit de propriété au 18^e siècle, après les ruptures juridiques relatives à la propriété au moment de la Révolution.

Les glissements de sens et finalement les caricatures qui ont pris place dans les représentations relatives à la notion de propriété – des juristes parfois et des non-juristes souvent – sont le résultat d'une manière de présenter les éléments d'un problème juridique, mais ne relèvent pas nécessairement d'un double langage. En d'autres termes, nos représentations actuelles sont finalement le résultat d'une communication politico-juridique. Certains éléments spécialement symboliques et spectaculaires ont été mis en avant et nous sont donc parvenus plus facilement, sans que les autres éléments en soient pourtant occultés. Ils étaient présents de la même façon dans les textes, mais n'ont pas fait l'objet du même type de colportage (de publicité, voire de propagande). "*Nombre d'erreurs auraient pu être évitées si, dans l'étude de la propriété française du XIX^e siècle, on avait renoncé à accorder une place privilégiée aux déclamations des écrivains et à la définition générale que nous trouvons dans le code civil, et si on avait reconnu l'importance des règles spécifiques contenues dans le code ou dans les lois spéciales.*"¹¹⁰

Concernant la propriété, cet état d'esprit ne peut être négligé dans le sens où les considérations de philosophie politique l'ont parfois emporté sur celles relatives à la technicité juridique proprement dite. Ce que regrette Jean Carbonnier : "*Pour lui avoir accordé trop d'importance autrefois, les juristes ne lui en accordent-ils pas maintenant trop peu ? (...) Accaparés par le brillant article 544, nous avons cru que les attributs de la propriété étaient seuls dignes de notre philosophie, et nous avons négligé les modes d'acquérir, noyés dans leur technicité apparente à un autre endroit du Code (art. 711), et sans voir la terrible réalité dont ils sont chargés. Le résultat est que nous ne saisissons jamais dans nos raisonnements que la propriété acquise, une*

¹⁰⁹ THIREAU Jean-Louis, "Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne", art. cit. note 107, p. 97.

¹¹⁰ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit. note 106, p. 38.

tranche de propriété, abstraite de son commencement, insouciante de sa fin. Pourtant, à qui veut atteindre l'institution dans sa vérité totale, autant que la structure de la propriété importe sa répartition."¹¹¹ En effet, les droits de propriété ne sont pas seulement une technique juridique, ils sont aussi un programme politique.

B : Quelle propriété sacrée et absolue ?

La dernière moitié du 18^e siècle a vu se développer le courant des Physiocrates qui exaltent le retour à la terre, par la propriété foncière individualisée. Les textes de droit intermédiaire, ceux qui avant la codification annoncent et préparent ce que sera l'esprit du Code, lient de manière naturelle "propriété" et "liberté". La liaison de ces deux institutions philosophico-juridiques est l'un des thèmes de prédilection des Physiocrates. Ce lien n'est pas sans ambiguïté avec la position qu'ils entretiennent avec les droits féodaux. Pour eux, ces droits sont respectables, entendus comme possession de terre, mais condamnés s'ils entravent la liberté d'action du seigneur. L'ambiguïté réside dans le fait que si la féodalité est condamnée par les Physiocrates, ce n'est pas l'inégalité que les cadres féodaux sont censés induire qui est visée, mais davantage les contraintes qu'elle imposait, selon les auteurs de ce courant, aux seigneurs. Après avoir souligné la charge idéologique des principes de liberté et d'égalité associée à celle de propriété (1), nous envisagerons la question des limitations de la propriété (2).

1) Liberté, égalité et notion de propriété

L'association des notions de liberté et de propriété s'inscrit dans un contexte marqué par les théories de droit naturel qui inspirent directement les Physiocrates. Pour cette école de pensée économique et politique, la liberté découle de la propriété. Leur liaison s'explique notamment par la liberté des échanges qui nécessite la suppression de tous les droits féodaux, dans le sens où, à la fin du régime, le processus de patrimonialisation des tenures était tel que les domaines éminents des seigneurs étaient pour ainsi dire vidés de leur contenu. *"La pensée se reportait invinciblement vers le processus qui, dans l'Ancien Droit, avait graduellement refoulé le domaine éminent au profit du domaine utile, pour s'achever, à la Révolution, avec l'abolition de droits féodaux. On crut assister de nouveau à un de ces transferts cycliques de propriété. Une sorte de loi de la pesanteur ne voulait-elle pas que la qualité de propriétaire revînt toujours à*

¹¹¹ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, op. cit. note 99, p. 280-281. Le texte de l'article 711 du Code civil : *"La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations"* et celui de l'article 544 : *"La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements."*

coïncider, sinon avec le travail, du moins avec l'utilisation matérielle de la chose ?"¹¹² Nous avons en effet vu comment le domaine utile, dans la pratique et même dans les discussions des juristes, à l'exception des feudistes, reconnaissait la montée en puissance des droits des censitaires, en particulier dans leur possibilité d'aliéner ou de transmettre la terre qu'ils avaient mise en valeur.

La thématique propriétaire dans le cadre du droit naturel est élargie à l'échelle du Divin, autre inspiration importante pour la production des idées en cette fin du 18^e siècle. La pensée d'Emmanuel Kant, même si elle n'est pas dans son ensemble à proprement parler juridique, a un impact sur les perceptions du droit et des droits des individus. Quand il aborde en 1797, dans la première partie de la *Métaphysique des mœurs*, la question de la propriété, sa vision s'attache à éclairer la propriété dans son acception la plus large, celle primitive et originelle, qui précède l'émergence et la construction des sociétés. Quand il étudie les droits réels, il les considère au sens large et ne se limite donc pas au droit sur les choses. Son examen nous intéresse dans le sens où son approche s'applique également au territoire¹¹³. Son discours est plus de nature géopolitique qu'économique. Il suggère les conséquences politiques de la propriété dans une perspective que nous rattachons aujourd'hui aux problématiques de droit public international, soulevant les questions de souveraineté et de légitimité étatique. Selon lui, la prise de terre et le droit sur la terre sont le fondement de la légitimité juridique. Ce lien entre pouvoir sur le territoire et autorité de la norme que ce pouvoir implique, renvoie à la notion grecque du "*nomos*" qui associe territoire et normativité¹¹⁴.

Ces éléments n'apparaissent pas dans les débats sur la codification qui règlent des questions de nature civiliste et des matières concernant la politique intérieure. Cependant, l'influence kantienne apparaît sous certains égards, dans le rôle attribué aux citoyens dans les textes révolutionnaires. Ce n'est pas une influence directe de Kant comme le soulignait Christian Atias,

¹¹² CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, op. cit. note 99, p. 287-288. Poursuivant dans cette analyse, Jean Carbonnier commente la théorie de la possession : "*On comprend alors la séduction de cette notion juridique a pu exercer sur des penseurs socialistes, et pourquoi Proudhon, par exemple, opposait la possession chaude, vivante, animée de la personnalité du possesseur à la propriété froide, impersonnelle, abstraite, indépendante de toute appréhension matérielle et psychologique. Ne tenons-nous pas la solution générale au problème de la dimension de la propriété ? La propriété ne serait reconnue que soutenue par une possession sous-jacente.*", *Flexible droit*, ibidem, p. 295-296.

¹¹³ KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, Paris : Librairie philosophique Joseph Vrin, 1971 (1^e éd. 1796), 279p, p. 136.

¹¹⁴ A partir du V^e siècle, à Athènes, le terme *nomos* se substitue à *thesmos* – idée d'une règle imposée du dehors – et renvoie à l'idée d'un ordre accepté par ceux qui s'y soumettent. CASSIN Barbara (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, Paris : Seuil/Le Robert, 2004, 1531p, p. 1291-1296, à l'entrée "Thémis/diké/nomos".

mais il est l'un de ceux qui ravivent la thématique grecque où l'accession à la citoyenneté est liée à l'accession à la propriété. La terre est la condition de l'accès à la citoyenneté exprimé par le vote. Ainsi, si le propriétaire a toute liberté dans ses échanges, cela implique non seulement l'autonomie de la propriété mais aussi celle du propriétaire, responsable de son jugement et de sa décision de contracter. Il n'est pas, pour nous, question de détailler chacune de ces institutions juridiques, mais plutôt de les appréhender dans l'enchevêtrement qu'elles constituent. Toutes sont liées et procèdent toutes d'une même logique individualisante proposée simultanément par les discours du droit, de la philosophie et de l'économie. Dans ce contexte, à quel niveau se situent les questions relatives à l'égalité, autre pilier important développé dans les textes révolutionnaires ?

Les discussions sur la propriété et la liberté ont eu lieu et ont fortement formé et influencé les rédacteurs du Code, mais que dire du principe d'égalité ? Ce principe n'est pas toujours compatible avec celui de la liberté des échanges. En fait, l'argumentaire égalitaire révolutionnaire procède d'un autre registre théorique. Il n'est pas à associer avec celui de la propriété mais plutôt avec celui dont les logiques s'intéressent aux rôles respectifs des individus dans la société, des groupes intermédiaires et de l'État. L'égalité des individus a deux facettes. Elle est présentée comme un droit acquis, mais la suppression des intermédiaires entre individus et État¹¹⁵ organise la faiblesse de ce nouveau droit individuel, confinant les individus, certes déclarés égaux en théorie, mais irréductiblement isolés et solitaires dans la relation qu'ils peuvent entretenir avec l'institution étatique. D'autre part, l'instauration de cette relation privilégiée individu/État est l'une des manifestations du centralisme juridique que favorise le positivisme juridique. La pensée de Hans Kelsen n'a pas encore impressionné la communauté des juristes, mais l'opposition de deux façons de penser le droit en Europe de l'ouest continentale, tradition de Common Law et droit civil d'inspiration romano-canonique, annonce les résistances que va connaître à son tour le positivisme juridique au début du 20^e siècle. Cette argumentation du rôle de l'individu dans la société nous incite à nous interroger sur la répartition de la propriété et sur ses éventuelles limitations.

¹¹⁵ En France, l'histoire de la construction étatique a pour beaucoup réduit les groupes intermédiaires entre État et individus, groupes intermédiaires considérés comme autant de contre-pouvoirs. De fait, si les corporations et les associations patronales et ouvrières sont supprimées par les lois d'Allarde et Le Chapelier en 1791, si les partis sont longtemps interdits et tardivement, dans l'article 4 de la Constitution de 1958, reconnus explicitement comme "concourant à l'expression du suffrage", ce n'est pas un hasard : en France, la relation État/individu a émergé de telle façon que ne soit pas favorisée l'intercession de groupes intermédiaires. Cet état de fait n'a évidemment pas facilité la participation citoyenne que la dynamique du groupe pourrait permettre pourtant de faire émerger.

2) Les limites de la propriété

Dès la publication des textes révolutionnaires, on oublie trop souvent qu'existaient et qu'existent encore des ambiguïtés sur ce qui est entendu par la notion de propriété. Dès le départ, l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'homme du 26 août 1789 intègre le principe et sa limite qui n'est pas sans conséquence, au point de remettre tout à fait en cause le principe lui-même. Cet article est celui, fameux, qui protège la propriété "*droit inviolable et sacré, [dont] nul ne peut être privé*" mais qui aussitôt ajoute "*si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment*". Même si certaines précautions sont prises, "*à la condition d'une juste et préalable indemnité*", cet argument sape à la base, et dès son origine, le caractère soi-disant inviolable de la propriété. Ce sur quoi nous voudrions insister, c'est moins le fait que finalement la propriété n'a jamais été conçue ni pensée comme inviolable, mais c'est davantage comment on a fait croire qu'elle était inviolable, pour quelles raisons on l'a fait croire, qui a eu intérêt à le faire et quels procédés ont finalement été mis en pratique.

Ce qui est paradoxal dans ce texte, l'un des premiers des réformes révolutionnaires, celui qui aura la fortune que l'on connaît en France et même – surtout dirions-nous – plus loin, à travers le monde, c'est le contexte. Les Constituants de 1789 viennent d'abolir les droits féodaux, de libérer les terres, l'impression donnée est que les droits nouvellement acquis vont profiter aux individus. Deux remarques. D'abord, l'égalité des hommes est bien théorique dans l'esprit des rédacteurs quand on pense qu'au moment de la rédaction de ce texte, l'esclavage a encore cours ; ensuite, si certains individus voient leurs droits et libertés s'accroître, n'oublions pas que le principal bénéficiaire est l'État ; celui-ci, sorti de sa lente phase d'émergence, débute sa phase d'expansion, accroissant sa puissance d'action, à l'intérieur comme à l'extérieur du territoire. Cette manifestation de la puissance de l'État, contrôlant parfaitement la propriété du territoire, est soulignée particulièrement par la lecture croisée des articles 544 sur la propriété et 538 concernant le domaine public qui trouve aussi sa place dans le Code civil. Sa place, à côté des articles régissant la propriété privée, s'explique d'une part, parce que la domanialité publique n'est finalement pas si dérogoire, et que surtout, la propriété particulière de l'État constitue une des limitations importantes de l'article 544. La violation de "l'inviolable" y est présentée, en ligne droite avec l'esprit de la *Déclaration* du 26 août 1789, comme un véritable sacrifice subi par le propriétaire, mais la puissance publique l'avait prévu et organisé dès l'origine¹¹⁶.

¹¹⁶ ADEF, *Un droit inviolable et sacré, la propriété. La propriété, deux siècles après 1789 : actes du colloque*, Paris, 13-14 novembre 1989, organisé par l'ADEF, (Association des études foncières), textes réunis et présentés par Catherine Chavelet, Paris : ADEF, 1991, 359p.

L'existence du principe de l'expropriation remet en cause de manière forte celui de la propriété, présentée avec tous les attributs qu'on veut lui prêter – absolutisme notamment et montre bien en les démontant les mécanismes de la propriété. Comment les mécanismes de l'expropriation qui n'est pas un mythe, pour le coup, lorsqu'elle est mise en œuvre, sont-ils justifiés et légitimés par l'autorité publique ? Celle-ci est confrontée à un paradoxe : à la liberté de la propriété est opposée la violence du droit imposé par l'autorité publique. Dans leur article sur la fiction psychique du droit, Christopher Pollmann et Hugues Rabault évoquent la question de l'expropriation en la liant au système de représentations qui met en avant l'omnipotence du collectif. *"Au plan juridique, le problème de l'expropriation est archétypique, avec la dialectique qu'il met en œuvre du rapport entre droit individuel et utilité publique. Il s'agit là d'une forme dégradée de l'héroïsation du sacrifice individuel, telle qu'elle est utilisée dans les conflits politiques ou militaires."*¹¹⁷ Le fait que la limitation soit prévue dès que le principe est édicté n'est pas une surprise dans le contexte idéologique de l'époque et au vu du personnel politique en place qui a voté les textes révolutionnaires et les décrets qui ont suivi. Ces textes d'application ont aussitôt limité la concession des droits déclarés pour une raison simple : les membres des Parlements régionaux et des Assemblées successives sont eux-mêmes seigneurs. Leurs réticences à libérer les terres des droits féodaux se retrouvent dans tous les processus engagés, par exemple, à l'occasion du débat sur les communaux auxquels ils prétendent et, d'une façon générale, sur toutes les questions qui tendent à discuter les cadres féodaux et à nuancer l'autonomie des anciens Parlements régionaux dans leurs politiques jurisprudentielles¹¹⁸.

A partir des quelques éléments que nous avons développés et partant du principe que la propriété n'a pas le caractère absolu annoncé, allons plus loin. Les limitations de la propriété ne sont pas finalement difficiles à concevoir, à imaginer et ensuite à mettre en œuvre, après une procédure couplée de légalisation et de légitimation. Constatons que les limitations pourraient prendre différentes natures. Les limitations ont été conçues en faveur du domaine public de l'État. Pourquoi ne pourrait-on pas envisager des limitations en faveur de la cohésion sociale ? A y

¹¹⁷ POLLMANN Christopher, RABAULT Hugues, "La fonction psychique du droit", *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 121-151, p. 146.

¹¹⁸ La question de l'autonomie jurisprudentielle suggère les vestiges de la distinction entre pays de coutume et pays de droit écrit ; ces derniers dans le Midi seront les plus combatifs pour résister à la codification en ce qu'elle induit l'unification du droit. Tout le mouvement de codification remettait en cause les particularismes régionaux. De ce fait, c'est en région que certaines oppositions se sont fait entendre à l'encontre du centralisme juridique. Cette remarque faite, le trait ne doit pas être poussé jusqu'à considérer une opposition entre jacobins et girondins. Les deux groupes défendaient des modalités de gestion du pouvoir différentes mais se retrouvaient sur la conception du droit codifié et unifié.

regarder de plus près, les procédures d'expropriation utilisent l'argumentaire de l'utilité publique pour légitimer leurs actions. Ainsi, cet argument pourrait être utilisé au profit de la justice sociale et permettrait d'instiller la notion d'égalité dans toutes ses dimensions, c'est-à-dire égalité commutative ou absolue devant la norme et égalité distributive ou proportionnelle où s'appliquent des règles différentes en cas de situations différentes¹¹⁹.

Nous remarquons plus haut que l'égalité fait partie intégrante de la philosophie révolutionnaire, mais l'approche relève davantage d'une égalité devant la norme que de l'égalité entre les hommes. L'égalité devant la loi est prônée, c'est une excellente chose, mais qu'en est-il de l'égalité devant la propriété ? Il paraît étonnant (l'est-ce vraiment ?) que propriété et égalité n'aient pas fait l'objet d'une association plus étroite. Ces interrogations se rapportent à la nature accordée aux différents droits contenus dans la notion de propriété, et suggèrent les fonctions sociales que pourrait recouvrir la propriété. Dans cette perspective, Léon Duguit discute le contenu et la portée du droit de propriété tel qu'il est énoncé dans les textes qui l'ont sacralisé. Pour lui, les définitions données par les textes de droit ne correspondent pas à la réalité des faits sociaux, et pour cette raison, les droits subjectifs n'existent pas. *"La notion de droit subjectif comme pouvoir de volonté de s'imposer devra être abandonnée, parce qu'aucune volonté ne peut être supérieure aux autres. Elle doit être remplacée par la notion de fonction sociale. La propriété/droit subjectif devient, selon lui, propriété/fonction sociale puisque "si l'affectation d'une chose à l'utilité individuelle est protégée c'est avant tout à cause de l'utilité sociale".*"¹²⁰ La question n'est pas tant d'égaliser en termes absolus la mesure de la propriété, mais seulement de la rendre productive en termes sociaux, autrement dit "moins mal répartie" : "[le] *maximum imposé à quelques-uns n'aurait de sens éthique que s'il servait à constituer un minimum pour tous.*"¹²¹ Le caractère absolu de la propriété ou la croyance en ce caractère, est corroboré par un ensemble de liens entre différentes notions juridico-politiques telles que la souveraineté et le pouvoir, qui ont participé à la construction d'une image du propriétaire présenté comme un personnage soi-disant omnipotent, à l'image de l'État¹²² dont les politiques sont influencées par la

¹¹⁹ On retrouve ce principe d'équité dans les principes du droit administratif. Voir aussi TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 252, p. 13.

¹²⁰ DUGUIT Léon, *Les transformations générales de droit privé depuis le code Napoléon*, Paris : Alcan, 1912, p. 37 cité par BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, 328p, p. 218. Cette thématique nous suggère d'établir le lien entre "droits de propriété" et "droit au logement". De quels droits de propriété s'agit-il ?

¹²¹ CARBONNIER Jean, *Flexible droit*, op. cit. note 99, p. 300.

¹²² L'esprit de la maxime de Louis XIV qui considérait qu'il fallait *"accorder à l'État un pouvoir despotique sur les propriétés"* a été reprise par le juriste Troplong au 19^e siècle, cité par OURLIAC Paul et MALAFOSSÉ Jehan de, *Histoire du droit privé*, op. cit. note 22, p. 186.

protection de la propriété individuelle. Toute la difficulté étant de concilier droit absolu de propriété et usage social de la propriété.

Rupture dans les représentations de l'espace et du territoire : vers la seconde partie

La prégnance de la construction étatique sur la conception de l'espace aujourd'hui est essentielle. L'espace et ses représentations est lui aussi l'objet d'un processus progressif fait de ruptures. La territorialité perçue à travers l'État a été accompagnée par un autre mouvement de la pensée relative à l'espace au moment de la prise de conscience de la "finitude" de la terre. Nous avons évoqué tantôt les représentations que pouvaient avoir les populations médiévales de la propriété où les notions de frontières, d'intérieur et d'extérieur primaient. Elles sont étroitement liées avec celles que ces populations étaient susceptibles d'avoir de l'espace et du monde en général. *"Dans ces conditions, rien n'est plus naturel que la mesure de l'espace au moyen du corps de l'homme, de ses mouvements, des possibilités humaines d'agir sur la matière. Physiquement, l'homme était 'la mesure de toute chose' et avant tout de la terre. On sait à quel point, au moyen âge, toutes les mesures de surface et de la longueur étaient variables. Il n'existait pas de mesure et de normes absolues, abstraites. Les mesures de superficie avaient peu de sens pour des agriculteurs ne connaissant pas la géométrie. La division des parcelles était fondée sur le temps de travail."*¹²³ Entre Moyen Âge et Renaissance, une rupture s'établit dans les représentations de l'espace. La représentation de l'espace local, fini et clos, est complétée par l'espace global et illimité. A cette dimension, s'ajoutent les caractères de finitude et d'infinité. L'époque des grandes découvertes outre-Atlantique permet de concevoir simultanément l'ouverture de l'espace à de nouveaux territoires et la finitude de ce même espace. En s'ouvrant, simultanément, ce même espace se ferme. Ce n'est pas qu'une ouverture, mais une autre façon de se représenter l'espace devenu plus complexe. Ce n'est pas non plus la fin de l'espace illimité et ouvert. La découverte de la finitude de l'espace terrestre liée à sa forme sphérique ne remet pas en cause le caractère illimité de l'espace : un autre espace apparaît, deux espaces coexistent, la sphère, espace fini, et l'univers infini, autour. C'est pourquoi parler d'un passage *"du monde clos à l'univers infini"* comme le fait Alexandre Koyré, prête à confusion car les deux dimensions sont conjointes et non pas successives ; ainsi, dans notre perspective, nous préférons parler de monde clos et d'univers infini. Jeanne Hersch, dans *L'étonnement philosophique*, fait deux remarques qui ne peuvent nous laisser indifférents à propos de ce qui a été une *"révolution de la pensée"*. La réception par les contemporains *"[montre] bien qu'une révolution dans l'image qu'on se fait du monde ne s'accomplit pas seulement au niveau de la pensée scientifique, mais aussi à celui de l'affectivité, de la foi et de la métaphysique. [Certains] ont réagi avec horreur et crainte, d'autres*

¹²³ GUREVIC Aron, "Représentations et attitudes à l'égard de la propriété...", op. cit. note 14, p. 531.

avec enthousiasme et ferveur."¹²⁴ Retraçant l'intuition de Nicolas de Cuse, au début de la Renaissance, la deuxième remarque "montre que la représentation rationnelle de l'univers infini n'a pas été d'abord une découverte de la science, mais elle provient d'une impulsion religieuse : elle est née d'une idée de Dieu, ou plutôt de l'échec de toute idée de Dieu, projeté ensuite sur l'univers."¹²⁵ Dans ce contexte, on peut imaginer l'intensité de la rupture provoquée par la découverte de nouvelles terres : l'ouverture spatiale, simultanément la représentation de la terre, un globe, donc dans une certaine mesure une fermeture. Que l'héliocentrisme remplace le géocentrisme finit de forcer l'homme à modifier sa représentation de la terre, dans l'univers¹²⁶.

"En trois siècles, l'Europe va imposer sa suprématie à la planète. Au milieu du XV^e siècle, elle n'est pourtant rien ou pas grand chose. Le monde compte alors environ trois cents millions d'êtres humains, dont la moitié vit en Asie, un quart sur le continent américain et un cinquième seulement en Europe. (...) A priori, rien ne laissait présumer que l'Europe allait l'emporter. La grande puissance du moment, on l'a vu, était la Chine, que tout prédestinait à conquérir le monde. Elle ne l'a pas fait par complexe de supériorité – l'empereur pense que le monde, déjà, lui appartient – ou par négligence. Moins civilisée que l'Afrique et l'Asie, la petite Europe va s'en charger."¹²⁷ La question du pourquoi de l'expansion européenne en particulier ne nous intéresse pas seulement pour des raisons purement historiques ; l'énergie déployée par l'expansion a des répercussions juridiques car l'esprit dans lequel ses conséquences juridiques sont mises en œuvre influe sur la manière d'interpréter juridiquement "la découverte" de nouvelles terres. Pour nous, ce passage est l'occasion de souligner le lien étroit qui existe entre la communauté juridique – et les théories qui s'y déploient – et le contexte plus général de la vie européenne, pour s'interroger non pas seulement sur la question de l'expansion, mais sur celle spécifique de l'Europe. Pourquoi ce ne fut pas la civilisation chinoise qui dans le monde du 15^e siècle a éprouvé le besoin de son expansion territoriale ? "La Chine possède la boussole,

¹²⁴ HERSCH Jeanne, *L'étonnement philosophique. Une histoire de la philosophie*, Paris : Gallimard, coll. Folio/essai, 1993 (1^e éd. 1981), 460p, p. 132.

¹²⁵ HERSCH Jeanne, *ibidem*, p. 133.

¹²⁶ "Une intuition fondamentale préside à toutes les recherches de Koyré : celle de l'unité de la pensée humaine. D'où ce corrélat méthodologique : ne pas couper l'étude de la pensée scientifique de celle de la pensée philosophique et religieuse de l'époque étudiée. Koyré montre de manière assez convaincante que la nouvelle astronomie élaborée par Kepler au début du XVII^e siècle, notamment la substitution, pour l'époque révolutionnaire, des orbites elliptiques aux orbites circulaires, repose sur la croyance de Kepler en un Dieu géomètre, et reste incompréhensible à qui ne prend pas en compte les idées théologiques et philosophiques de l'astronome. (...) Mais d'un autre côté, Koyré soutient que "ce n'est pas la structure sociale de l'Angleterre du XVII^e siècle qui peut nous expliquer un Newton" ; que "la science (...) a, et a toujours eu une vie propre, une histoire immanente, et que c'est seulement en fonction de ses propres problèmes, de sa propre histoire qu'elle peut être comprise par ses historiens." SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p, p. 147.

¹²⁷ ENGELHARD Philippe, *L'homme mondial. Les sociétés humaines peuvent-elles survivre ?*, Paris : Arléa, 1996, 568p, p. 253- 255.

*l'étambot et la voile, mais il lui manque les services de nos millions de bœufs, de chevaux et les millions de stères de bois de la forêt, qu'elle déteste parce qu'elle ne veut pas et qu'elle ne sait pas s'en servir. Pourtant, l'échec chinois au XV^e siècle découle moins de ce manque relatif de moyens que du manque de motivations. La principale motivation reste le besoin, souvent inconscient, d'espace. [Or,] l'Europe gaspille l'espace. Même au creux démographique du début du XV^e siècle, l'Europe manque d'espace."*¹²⁸ Relativement à la question des représentations de l'espace, tenter de percevoir comment elles se sont transformées au fur et à mesure des découvertes scientifiques et de nouveaux territoires nécessite de se remettre dans l'état d'esprit de l'époque. Les perceptions de l'espace ont changé, mais il est difficile de ne pas apporter notre regard contemporain et donc nos propres représentations pour comprendre ces premières représentations. D'ailleurs, nos termes nous trahissent : parler d'espace local et d'espace global souligne que nous ne pouvons pas réellement nous détacher de nos propres représentations. En définitive, pouvons-nous même apporter autre chose qu'une représentation contemporaine des représentations spatiales de l'époque pour expliquer leur impact sur les conceptions de la propriété ? Rien n'est moins sûr.

Nous l'apprécierons en détail en analysant les lectures diverses de l'appropriation des terres nouvellement découvertes dans nos développements sur la Nouvelle-France. Sur le sol européen, l'occupation est le titre juridique de possession de terre. Sous cette influence romaine, *l'occupatio* est aussi arguée comme justification outre-mer. Cependant, le véritable titre juridique pour la prise territoriale de nouvelles terres est la découverte. Il est le seul titre reconnu comme valable dès lors que la justification par le mandat de mission du pape est devenue caduque. *"Mais elles [les terres découvertes] deviennent de vrais titres juridiques dans le cadre d'un ordre juridique international reconnu, pour lequel ces symboles ont une valeur juridique. La découverte n'est donc pas une notion intemporelle, universelle et normativiste ; elle reste liée à une situation historique, voire historique-spirituelle précise, celle de "l'âge des Grandes Découvertes". (...) C'est ainsi que la découverte d'un nouveau monde par les Européens aux XV^e et XVI^e siècles n'est en rien un hasard, mais une performance du rationalisme occidental revenu à lui, l'œuvre d'une formation intellectuelle et scientifique telle qu'elle s'était constituée au moyen âge*

¹²⁸ CHAUNU Pierre, *L'expansion européenne du XIII^e au XV^e siècle*, Paris : PUF, coll. Nouvelle Clio, 1983 (1^e éd. 1969), 396p, p. 339. Sur la même question des motivations et des stratégies de l'expansion européenne, voir CROSBY Alfred W., *La mesure de la réalité : la quantification dans la société occidentale (1250-1600)*, Paris : Allia, 2003, 280p. Cette étude apporte un regard américain sur l'étonnant succès de l'impérialisme européen. Il retrace le changement des mentalités au Moyen Âge, période pendant laquelle les Occidentaux ont pris la mesure de la réalité pour la contrôler, notamment en associant les mathématiques pour compter le temps, l'espace et les sciences.

européen, et cela essentiellement à l'aide de systèmes conceptuels qui ont joint le savoir de l'Europe antique et du monde arabe à l'énergie du christianisme européen pour en faire une force maîtresse. Les réflexions et les calculs d'un Colomb comportaient encore bien des représentations inexactes et légendaires. Mais leur caractère foncièrement scientifique est indéniable. La conscience scientifique intense qui préside aux découvertes est attestée par les représentations cosmographiques qui apparaissent dans l'Europe entière avec une rapidité étonnante."¹²⁹ Les commentaires "étonnés" des auteurs se prolongent bien après l'époque des premières découvertes, le temps est nécessaire pour ne serait-ce que se rendre compte du changement puis évaluer son ampleur. Au 18^e siècle, Emmanuel Kant rapporte la stupéfaction de Herder : *"La forme sphérique de la Terre lui offre [à Herder] matière à s'étonner de l'unité qui en dépit de toute diversité en résulte."*¹³⁰ L'ouverture de l'espace n'empêche pas que le territoire est néanmoins limité, car le territoire est politique et donc, implique l'idée de frontière et finalement, quoique paradoxalement, d'altérité. La relation avec l'Autre a pour principale conséquence sur le statut de l'espace de le transformer en territoire, c'est-à-dire en un espace fermé, mais un espace partagé et personnalisé. Ce lien entre espace et pouvoir est naturellement au cœur des questions que nous poserons à propos de l'espace dans les territoires colonisés.

Après avoir consacré quelques développements à l'émergence et à l'évolution du modèle français, avoir identifié certains traits caractéristiques qui soulignent les représentations relatives au droit en Occident, il nous importe de nous intéresser aux modalités de diffusion de ce modèle juridique et de sa réception qui s'exprime en termes de rejet ou d'intégration : *"L'ethnologie met le chercheur au contact des ex-pays coloniaux, où a été introduit le modèle juridique européen qui est géré, à présent, par les autochtones ; cela donne lieu à une réaction du substrat juridique qui a une répercussion importante sur l'application de la norme. La superposition du substrat (autochtone) et d'un superstrat (d'origine européenne) laisse voir que le rôle par les différentes strates qu'a déposées l'histoire, conditionne la physionomie de chaque système."*¹³¹ L'auteur parle d'un échange qui peut donc être à double sens. On pense a priori au sens "modèle européen vers modèles autochtones". Mais l'échange peut-il se concevoir également dans le sens inverse ? L'échange, par l'imitation de telle ou telle pratique, peut tout à fait s'établir quel que soit le modèle référent. Répondre à cette question nécessite dans notre travail de tenter de sortir autant

¹²⁹ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001 (1^e éd. 1950), 363p, p. 132-133.

¹³⁰ KANT Emmanuel, "Compte rendu de l'ouvrage de Herder : *"Idées en vue d'une philosophie de l'humanité"*, *Opuscules sur l'histoire*, Paris : Flammarion, 1990 (1^e éd. 1785), 245p, p. 90-122, p. 93.

¹³¹ SACCO Rodolfo *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit. note 106, p. 15.

que possible de notre condition "d'occidentaux contemporains" et d'opérer quelques ruptures. La première consiste à prendre de la distance avec les représentations qui ont cours aujourd'hui, et, ce aussi bien d'un point de vue temporel que spatial. En effet, pour comprendre la construction des cultures juridiques nées de rencontres et souvent de confrontation, comme le fut celle qui a eu lieu au Québec et au Sénégal, nous devons nous efforcer de restituer ce qui a mu les logiques des différents acteurs, ici et là-bas, à partir du 16^e siècle. La prise en compte de ce contexte idéologique et spirituel est nécessaire pour comprendre les décisions politiques et juridiques qui ont finalement émergé dans ces territoires.

Partie 2

L'importation du modèle français : représentations et construction normative dans les cultures juridiques du Sénégal et du Québec

La confrontation à des réalités, et donc à des perceptions différentes, de ce que peut être le Droit, permet non seulement de souligner les représentations occidentales du droit, mais également de montrer qu'elles ne sont pas les seules possibles ; d'autres manières de se représenter et de vivre le Droit sont envisageables, c'est ce que nous nous proposons d'étudier dans cette deuxième partie.

Deux terrains vont permettre de discuter la question de la culture juridique : la Nouvelle-France, devenue province canadienne en 1791, et le Sénégal, devenu État indépendant en 1960. La royauté française va s'essayer à la gouvernance à distance dans ces deux contextes qui posent différents types de questions juridiques. Le fait que la Nouvelle-France et le Sénégal soient a priori très différents permet de "balayer" de multiples éléments qui contribuent à la constitution d'une culture juridique et ainsi de montrer combien les réactions à une même culture juridique peuvent être complexes. Il nous a paru, en définitive, plus dynamique de présenter la situation au Sénégal et celle au Canada de manière articulée ; cette présentation nous paraît mieux faire apparaître le rôle des représentations dans la construction juridique. Les illustrations entre situations en Nouvelle-France et au Sénégal se croisent pour faire apparaître les différentes passerelles entre les contextes de ce même processus juridique.

Dans cette partie, les relations à la terre continuent d'être notre fil conducteur pour mettre en évidence le lien entre représentations du droit et production normative. Avant d'être localisé et personnalisé, le rapport spatial de l'homme est un rapport éminemment politique et juridique. C'est par l'espace politisé que le juridique peut émerger et se développer. En Nouvelle-France comme au Sénégal, l'importation d'un système juridique passe avant tout par la maîtrise du sol. Les logiques coloniales peuvent être scrutées de différents points de vue. Le premier, plus global,

s'inscrit dans les motivations de la colonie et s'intéresse aux mentalités. L'autre point de vue est plus spécifiquement relatif à la gestion du territoire et au sort réservé aux droits afférents. Dans la continuité de ce que nous avons vu sur le rapport à la loi, le fait colonial permet de mieux cerner jusqu'où pouvait aller cette logique de la norme écrite, notamment au regard de la codification et du rôle de la coutume sur le territoire colonial.

On peut identifier un premier paradoxe : alors qu'il aurait pu être possible qu'une même logique de colonisation soit mise en œuvre dans tous les territoires, et notamment dans nos deux contextes de référence, le colonisateur ne s'est pas comporté selon la même logique. Nous essaierons de déterminer la part volontaire de cette attitude et celle qui relève du contexte spécifique des deux colonies qui ont influencé l'attitude du colonisateur. Le deuxième paradoxe concerne lui, la réception par les populations originelles de Nouvelle-France et du Sénégal du système imposé. Nous verrons qu'en dépit de la grande distance géographique qui les sépare et de leur différence culturelle, les populations ont eu vis-à-vis des pratiques juridiques imposées certaines attitudes comparables. Ces analogies ont trait aux phénomènes d'acculturation qui mettent en jeu les représentations et qui sont observables quels que soient les groupes humains, quand ceux-ci se rencontrent et échangent sur leurs modes de fonctionnements sociaux.

Nous verrons dans un premier titre dans quelle mesure les représentations de l'espace dans leur diversité ont permis avec plus ou moins de difficultés d'imposer un ordre juridique et la construction d'un espace politique. L'occupation juridique des territoires du Sénégal et de la Nouvelle-France est censée être calquée sur celle qui est mise en œuvre en France. Autant du point de vue de l'occupation politique de l'espace que de la gestion personnalisée, c'est-à-dire au niveau des parcelles de terre et des individus, les intentions des nouveaux occupants sont d'établir une organisation qui reproduit à l'identique le modèle qui a cours dans le royaume. Nous verrons que les représentations du droit et de l'espace, différentes sur bien des aspects, mettront en évidence qu'il n'existe pas une seule façon de gérer l'espace. Pourtant, ces mêmes représentations sont aussi à l'origine de la formation de systèmes juridiques, capables d'emprunter à différentes traditions juridiques. Le deuxième titre sera l'occasion d'identifier quelques-uns des mécanismes et processus qui mettent en jeu plusieurs types de représentations pour, en définitive, laisser émerger ce que nous pourrions désigner comme des modèles juridiques originaux et mixtes autant dans la manière de concevoir le droit que de le pratiquer. Ce phénomène ressort de la confrontation de deux légitimités juridiques qui émergent, l'une occidentale fondée pendant la colonisation, l'autre, originelle, celle des populations qui après

avoir été niée, réémerge progressivement au fil des siècles et laissent apparaître aujourd'hui les représentations individualisées liées au droit de la terre dans des processus juridiques inédits.

Titre 1 : Construction de l'espace juridique en Nouvelle-France et au Sénégal

Ce premier titre a pour objectif d'évoquer les contextes des découvertes et de la colonisation. Cela, en tentant de souligner deux points de vue : le premier pour identifier les mentalités et les approches des colonisateurs, le second pour considérer comment est perçu et reçu le modèle imposé. S'intéresser aux modalités de diffusion dans deux contextes différents permet de mettre l'accent sur la différence des logiques entreprises par le diffuseur/colonisateur. En se demandant, par exemple, si une différence s'est instaurée dans les rapports vis-à-vis des Amérindiens et à l'égard des Africains du Sénégal comme le suggèrent certains auteurs¹. Cependant, dans le rapport diffusion/réception, nous insisterons sur la réception dans le sens où elle permet de mettre en évidence comment un processus de colonisation qui peut apparaître procéder d'une politique analogue quel que soit le contexte, est reçu et adapté différemment dans des contextes différents.

On observe un double phénomène dans la construction de la culture : un sens de construction positive de son identité ; mais aussi dans un sens que l'on pourrait qualifier "en négatif", une construction par rapport à l'Autre, et parfois contre l'Autre. On se construit pour soi, mais également pour se différencier de l'Autre. Emmanuel Kant parle de *"l'insociable sociabilité des hommes, c'est-à-dire leur inclination à entrer en société, inclination qui est cependant doublée d'une répulsion générale à le faire, menaçant constamment de désagréger cette société. L'homme a un penchant à s'associer, car dans un tel état, il se sent plus qu'homme par le développement de ses dispositions naturelles. Mais il manifeste aussi une grande propension à se détacher (s'isoler), car il trouve en même temps en lui le caractère d'insociabilité qui le pousse à vouloir tout diriger dans son sens."*² Les paramètres à croiser pour analyser les manières de diffuser un modèle juridique sont de plusieurs ordres. Il est important, après avoir fait état des positions de la doctrine, le cas échéant à différentes époques, de les confronter ensuite aux pratiques réelles des acteurs sur les terrains, objets de notre étude, à savoir le Québec et le Sénégal. Ces deux contextes sont mis en rapport pour confronter les différentes interprétations du droit : celles de ceux qui diffusent leur modèle, le personnel politique et juridique français dans les territoires

¹ PLUCHON Pierre, *Histoire de la colonisation française*, t. 1 : *Le premier empire colonial, des origines à la restauration*, Paris : Fayard, 1991, 1114p, p. 344 et LACOUTURE Jean, *Jésuites, une multibiographie*, t. 2 : *Les revenants*, Paris : Seuil, 1992, 568p, p. 304-305 et 311.

² KANT Emmanuel, "Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique", *Opuscules sur l'histoire*, Paris : Flammarion, 1990 (1^{er} éd. 1784), 245p, p. 74. Souligné et mis entre parenthèse par l'auteur de la traduction, Stéphane Piobetta.

colonisés, et celles de ceux qui sont censés le réceptionner, autrement dit les Amérindiens et ceux qu'on ne désigne pas encore à l'époque comme "Sénégalais", habitant les terres découvertes puis occupées par les Européens dans le courant du 16^e siècle.

Ainsi, le fait de croiser ces différents angles de vue est l'occasion, simultanément, de développer nos deux objets d'étude : la question des interprétations relatives à l'occupation/appropriation de l'espace, et les traits d'une culture juridique qui par l'accumulation de moments et de positionnements successifs se complexifie sans muter pour autant totalement. Les différentes rencontres prises en considération sont celles entre Sénégalais et Français, Amérindiens et Français, puis également entre Bas-Canadiens (les habitants de l'ancienne Nouvelle-France) et habitants du Haut-Canada, d'origine britannique – ces deux groupes forment ce qu'on peut appeler les Euro-Canadiens – et enfin entre Sénégalais. Ainsi, dans une même société, dans nos cas d'étude, il existe une diversité de groupes qui peuvent être imprégnés d'une culture juridique commune ; cependant, il nous paraît intéressant de souligner les points d'achoppement entre ces groupes qui ont des représentations différentes relatives aux usages du droit et à celles de la propriété. Pour cela, nous tenterons d'identifier les discours, dans leur diversité, dans chacun des contextes socio-politiques qui nous sert d'illustration pour sonder ce que peut recouvrir la notion de culture juridique.

Ainsi, et pour comprendre notre démarche, nos différents développements tenteront d'adopter le point de vue des différents acteurs en présence et leurs interprétations des mêmes phénomènes ; ce qui se traduit, à l'écriture comme à la lecture, par un changement de ce que nous pourrions désigner comme autant de "narrateurs" où ceux-ci seront tantôt les Amérindiens et les Sénégalais, tantôt les autorités colonisatrices. Les rouages théoriques et concrets de la rencontre des diverses représentations de l'espace sur ces territoires où sont créés de nouveaux espaces politiques font "réagir" les acteurs autochtones dans leurs pratiques du droit (chapitre 1). Ces réactions ont des conséquences importantes sur l'émergence d'un espace politique et juridique complexe car elles mettent en jeu les représentations du droit relatives aux institutions importées par le colonisateur. La logique coloniale tend vers la recherche de l'exclusivité du droit pour organiser les nouvelles sociétés sur les terres conquises. Les institutions, administratives et judiciaires, du modèle juridique importé ont été réceptionnées et interprétées par les acteurs colonisés en Nouvelle-France/Bas-Canada et au Sénégal (chapitre 2).

Chapitre 1 : Invention d'un espace politique

Dans les deux processus coloniaux, la diffusion du système d'organisation du pays colonisateur ne procède pas de la même idéologie, l'un favorisant le peuplement, l'autre étant de nature commerciale. Les administrateurs se sont adaptés aux contextes et n'ont pas instauré les mêmes systèmes de gestion, et des hommes et des terres. Nous avons vu comment certains éléments participant de la culture juridique ont émergé puis se sont développés, comme l'institution étatique ou le souci d'introduire la rationalité dans l'écriture du droit. C'est à cette même époque qu'il a fallu également penser et organiser les nouveaux territoires découverts, dans un premier temps, sur la côte nord, au-delà de l'Atlantique, mais très rapidement également sur la côte ouest de l'Afrique³. Deux questions se posent : la conception de l'altérité et les manières d'appréhender les espaces nouveaux et, les cas échéant, la compréhension des modes d'organisation pour les régir. La position de la doctrine sur l'attitude à adopter dans les nouveaux territoires découverts a été examinée par de nombreux auteurs s'intéressant aux droits des Amérindiens. Les questionnements autour de la découverte et de la conquête, et les éléments de réponse proposés pour légitimer la présence européenne intéressent aussi bien le comportement colonial en Nouvelle-France que les politiques menées dans les comptoirs de la côte sénégalaise.

Avant de se pencher précisément sur les procédés utilisés pour justifier la présence française en Nouvelle-France, notons que la question du statut des terres trouvait des éléments de réponse dans le droit applicable sur le territoire du royaume de France, en métropole : ce constat résulte évidemment du processus de diffusion d'un modèle juridique qui comporte comme nous l'avons vu des représentations juridiques relatives aux pratiques de la terre. Cette précision sur le régime juridique applicable en France à la même époque permet d'envisager les éventuels décalages entre les applications du droit, ici et là, c'est-à-dire au Sénégal et en Nouvelle-France. Dans ce cadre de réflexion, une première question consiste à s'interroger sur le sort réservé aux terres perçues comme inhabitées, que l'on retrouvera sous le terme de "terres vacantes et sans maître" au Sénégal mais qui concerne aussi le mode d'occupation nomade de certains groupes amérindiens. *"Il est manifeste qu'une terre inhabitée était considérée, par le droit coutumier français, comme res nullius. De ce fait, elle relevait de cette partie du droit qui s'appliquait aux biens sans maître et devenait appropriable par le premier occupant. En revanche, une terre*

³ Pour un aperçu du processus des découvertes et des colonisations de part et d'autre de l'océan Atlantique, voir le tableau des chronologies en parallèles en **Annexe I**.

habitée ne pouvait être soumise à ce mode d'appropriation."⁴ Cet état du droit explique pourquoi l'enjeu a été pendant toute l'occupation de prouver, de bonne ou de mauvaise foi, que les terres convoitées étaient non-appropriées car inhabitées, d'où l'importance de la notion de "terres vacantes". D'ailleurs, les commentateurs de la coutume sur cette question ne s'y sont pas trompés à l'époque : Robert-Joseph Pothier, dans le courant du 18^e siècle, remarque dans son *Traité du domaine* que "*lorsqu'une terre est habitée, quelques sauvages nous paroissent les hommes qui y habitent ; ces hommes en étant les véritables propriétaires, nous ne pouvons sans injustice nous y établir malgré eux.*"⁵ Cet état de la coutume et le commentaire qui l'accompagne nous révèlent que certains auteurs étaient disposés dans le cadre du droit national à appliquer, quel que soit l'endroit et quelles que soient les populations, les règles contenues dans le droit coutumier français. Cependant, ce n'est pas cette logique qui fut suivie. Les principes du "droit des gens" naissaient et ce sont surtout les nouvelles pratiques des États qui étaient les véritables éléments à prendre en considération pour ne serait-ce qu'avoir un début d'idée sur les logiques adoptées et mises en œuvre à l'époque.

Les politiques menées avec plus ou moins d'efficacité dans les nouveaux territoires nous intéressent plus particulièrement par l'idéologie juridico-politique qui a présidé à leur mise en œuvre. Dans cet état d'esprit, nous décrypterons comment les Français ont légitimé leur action sur les terres découvertes et comment ils ont mis en place les fondations d'une nouvelle société (section 1). D'autre part, la présentation de ce processus de diffusion d'un modèle juridique ne peut faire l'économie de celle de l'organisation des populations habitant dans les territoires présentés comme "découverts". Pour poursuivre cet objectif, la seconde section de ce chapitre tentera de donner des éléments de compréhension aux différentes façons d'envisager l'espace parmi ces populations elles-mêmes diversifiées et ainsi de qualifier la nature des premiers contacts (section 2).

⁴ NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français", LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Marie, BISSONNETTE Alain, NORMAND Sylvio, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville : Yvon Blais, 1996, 303p, p. 107-141, p. 113.

⁵ POTHIER Robert-Joseph, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du Barreau ; et de jurisprudence française*, t. 4, Paris/Orléans : Jean Debure/Veuve Rouzeau-Montaut, 1774, p. 375, cité par NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 113.

Section 1 : Découvertes et conquêtes

La question de la légitimation de la prise de possession des terres nouvellement découvertes sur le continent américain a fait l'objet de davantage de débats parmi les auteurs de l'époque, surtout religieux, que la découverte et la prise de possession sur les côtes occidentales africaines⁶. Pourtant, la question de la prise de possession des terres sur le territoire du futur Sénégal au regard de la légitimité d'occupation des habitants vis-à-vis des nouveaux arrivants, se posait en des termes similaires à ceux de la Nouvelle-France.

La question de l'application de la coutume est interprétée à la lumière du nouveau contexte juridique que constitue la découverte de ces nouveaux territoires : cet événement pose non seulement de nouvelles questions de droit mais exige également de reformuler des questions pour les adapter aux nouveaux contextes. Le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*⁷ en 1785 est très clair à cet égard, en affirmant que la propriété d'un de ces territoires n'est acquise que si, et seulement si, le pays est vacant. Vacant ? La notion de terre vacante est connue des commentateurs du droit coutumier parce qu'elle est un argument apporté, par les seigneurs, comme moyen d'appropriation des alleux ou des communaux revendiqués. Elle désigne les biens délaissés par une personne disparue ; l'écho économique est présent puisque ces "*terres vaines et vagues*" doivent être mises en valeur comme le préconise la seconde ordonnance de Moulins de février 1566. Ces éléments attestent de l'existence d'un droit préexistant aux découvertes sur la question des terres vacantes, mais l'usage qui en est fait hors métropole prend une mesure bien différente car le contenu de cette notion en est sensiblement élargi. En Nouvelle-France, il s'agit de légitimer la prise de possession et l'occupation par de nouvelles populations (§1) ; au Sénégal, où la logique adoptée est commerciale et agricole, l'enjeu réside dans le contrôle des terres sous domination des royaumes sénégalais (§2). Même si les politiques menées sont différentes, dans l'un et l'autre cas, leur incidence sur les processus de transformation des représentations juridiques est d'une nature similaire.

⁶ Un premier élément de compréhension de cette distinction a trait à la chronologie des découvertes et à celle de la rencontre avec les habitants des territoires découverts. Les premiers voyages et les premières tentatives d'installation ont, en effet, eu lieu outre-atlantique ; pourtant, les terres africaines étaient connues depuis bien longtemps quand les terres américaines sont "apparues" dans l'imaginaire occidental. Ainsi, la question de la légitimité de l'occupation des terres africaines s'est posée dans une moindre mesure, d'une part parce que l'histoire occidentale du pourtour méditerranéen avait, en effet, déjà intégré le sud et les terres africaines dans son espace imaginaire et également parce que le racisme à l'encontre des Noirs, semble-t-il plus virulent que celui à l'égard des Indiens, ne permettait pas de poser, ni de penser, la légitimité de l'occupation des habitants des territoires d'Afrique noire.

⁷ GUYOT Joseph-Nicolas, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 12, Paris : Visse, 1785, p. 294, cité par NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français", art. cit. note 4, p. 113.

§ 1 : *Prise de possession du nouveau territoire en Nouvelle-France*

Après la découverte des nouvelles terres outre-Atlantique, les premiers colons s'installent au début du 17^e siècle et entrent en contact avec leurs habitants⁸. La prise de possession des terres était l'occasion du premier et essentiel point de "non-rencontre" entre les cultures en présence. La question posée était celle de déterminer le statut des terres découvertes ; pour cela, les modalités d'appropriation possibles de terres vacantes qui étaient mises en œuvre sur le territoire français se sont révélées insuffisantes. La doctrine de l'époque a dû adapter ses conceptions en prenant en compte la nouveauté de la situation : devait-on considérer les habitants de ces nouvelles terres ? Et le cas échéant, de quelle manière ? La prise de possession d'un territoire passe aussi bien par la construction théorique d'un nouveau système de représentations (A) que par la prise de possession matérielle, combinaison de pratiques juridiques et symboliques (B).

A : Discours sur les découvertes

Différents auteurs se sont exprimés dès le 16^e siècle sur la question du statut des terres nouvellement découvertes. La plupart sont religieux, ce qui explique que leur point de vue soit orienté selon la logique chrétienne, système de représentations influant lors de la construction du Droit en Occident. Ces premières réflexions qui constituent "*une sorte de code de conduite que les Européens auraient alors développé pour s'appropriier les territoires redécouverts en leur nom*"⁹ relèvent du "*jus gentium*" et à ce titre, peuvent être considérées comme les prémices du droit international public. Du point de vue de l'histoire de la réflexion juridique, ces interrogations sont précieuses car elles nourrissent déjà le débat sur le Droit en général, mais également celui sur le rapport entre les différents droits, le *jus gentium* étant le droit censé s'appliquer à la fois aux citoyens et aux étrangers, dans le cadre des relations entre États égaux.

⁸ Trois grands groupes habitent sur le territoire qui deviendra le Canada : Les Algonquins, les Iroquois et les Inuits. Les *Algonquins* sont constitués de huit nations dont les Abénaquis (Trois-Rivières), les Algonquins (Montréal), les Atikamekw (Haute-Mauricie) et les Cris (Baie James, anglophones), Innus (appelés Montagnais par les Français), Malécites, Micmacs (embouchure du Saint-Laurent, premiers alliés des Français), Naskapis (près du Labrador). Les *Iroquois*, eux-mêmes s'appellent les "Haudenosaunees", ils regroupent les Hurons-Wendat (à Québec), Mohawks (anglophones, Kahnawake, Oka), Pétuns, Neutres, Eriés, Susquehannocks, les cinq-nations ou "confédération iroquoise" (Tsonnontouans, Goyogois, Onneiouts, Onontagués et les Agniers). Le troisième groupe est représenté par les *Inuits* qui vivent dans les Nunavik, et depuis 1999 dans le territoire inuit du Nunavut dans l'ouest canadien. Ils parlent l'inuktitut et surtout l'anglais. **Pour une localisation de ces groupes au Québec, voir Annexe III et des statistiques démographiques contemporaines voir Annexe XIX.**

⁹ BRISSON Jean-Marie, "L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit", LAJOIE Andrée et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones*, op. cit. note 4, p. 61-106, p. 67.

La doctrine fut pour le moins ambiguë : à l'époque, certains auteurs, commentant les nouvelles découvertes de territoires, ont reconnu assez rapidement la souveraineté initiale des peuples amérindiens (1), mais, néanmoins, ces mêmes auteurs se sont évertués dans le même temps à expliquer pourquoi la présence et l'occupation européenne devaient finalement être considérées comme étant tout aussi légitimes (2).

1) Reconnaissance de la souveraineté amérindienne initiale

Au moment de la conquête outre-atlantique, la question consistait à se demander à quel titre le conquérant européen pouvait prendre possession des nouveaux territoires découverts. Le dominicain Francisco de Vitoria donne en 1539 deux leçons relatives aux découvertes américaines, *De indis et de Jure Belli relectiones*¹⁰ ; les leçons du théologien s'opposent à l'état d'esprit de ses confrères de l'époque qui "*nient l'humanité des autochtones (...) ou admettent le recours à la force pour les évangéliser et les éduquer, affirmant qu'ils sont naturellement destinés à être esclaves.*"¹¹ Fait remarquable pour un théologien, "*il déclare que la bulle pontificale de 1493, qui avait partagé le monde non européen entre l'Espagne et le Portugal, n'est d'aucune conséquence pour les autochtones, le pape ne pouvant exercer un quelconque pouvoir sur les non-croyants.*"¹² La contestation de l'autorité du pape s'inscrit dans la séparation des pouvoirs temporel et spirituel – souvenons-nous de nos développements sur la construction étatique – séparation qui traduit l'émancipation progressive de l'institution étatique.

A propos du territoire, Vitoria affirme que "*les barbares avaient un véritable pouvoir, tant public que privé. Sans doute, en vertu du droit des gens, ce qui n'appartient à personne devient la propriété de celui qui s'en empare (...). Mais ces biens n'étaient pas sans propriétaire. Ce titre ne s'applique qu'à eux. Il est vrai que, joint à un autre, il pourrait avoir une certaine valeur (...). Cependant, en lui-même, il ne justifie nullement la possession de ces territoires, pas plus que si les barbares nous avaient découverts.*"¹³ Cette façon de percevoir les droits des Amérindiens peut paraître novatrice et "moderne" pour un auteur du 16^e siècle, qui plus est théologien. Cependant, cette lecture doit se garder de toute caricature dans la mesure où Vitoria met ensuite au point un arsenal d'arguments pour justifier la préemption des terres, pourtant habitées. Les

¹⁰ De VITORIA Francisco, *Leçon sur les Indiens récemment découverts et Leçon sur le droit de la guerre*, Genève : Librairie Droz, 1966. Trad. par M. Barbier.

¹¹ MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal : Boréal, 1997, 333p, p. 32.

¹² MORIN Michel, *ibidem*, p. 33.

¹³ MORIN Michel, *ibidem*, p. 33.

Leçons de 1539 de Vitoria sont pour nous l'occasion de mettre l'accent sur un phénomène qui relève du mythe ou du moins de la réinterprétation, non pas seulement juridique mais également politique. L'image et la réputation du dominicain sont très favorables, mais elles sont le fruit d'une lecture erronée de la position de l'auteur par les générations postérieures, que ce soit par Grotius au 17^e ou les générations du début du 20^e siècle. Nous avons déjà rencontré cette question de la relecture a posteriori de phénomènes ou de processus juridiques anciens, et des erreurs d'interprétation qui pouvaient en découler. La relecture concerne précisément la question de la légitimité de la prise des terres par les Européens lors des conquêtes territoriales¹⁴. La popularité de la thèse de Vitoria procède de sa grande modernité car il reconnaît un même caractère d'humanité aux Indiens et aux Européens ; alors que Carl Schmitt remarque qu'"à l'époque de Vitoria, l'argument que les Indiens ne sont que des barbares et des cannibales était en pratique très répandu."¹⁵ L'argument de Vitoria, dans le sens d'une même humanité, était novateur à l'époque au regard de l'histoire de la pensée.

Pourtant, et c'est à ce stade que commence la construction du mythe politique, Vitoria ne tire pas toutes les conséquences de son premier argument, puisqu'il ne déclare pas comme injuste la grande Conquista espagnole. La construction de ce "mythe politique" n'est pas seulement du seul fait des lecteurs de Vitoria, mais également de la manière de penser de Vitoria lui-même. En effet, son discours est ambivalent car il est à la croisée de deux modes de pensée : certains aspects de ses propositions sont extrêmement novateurs et "modernes" lorsqu'il ne fait pas de distinction entre "barbares/civilisés", "européens/non-européens" ; mais, et c'est ce qui explique qu'il aboutisse néanmoins à sa conclusion de "conquête juste", son raisonnement n'adopte pas complètement la logique juridique, il est encore fortement emprunt des tonalités religieuses du Moyen Âge chrétien.

A juste titre, Jean-Maurice Brisson observe que *"le principe d'une souveraineté autochtone initiale a donc emprunté une trajectoire déclinante"*¹⁶ et que les légitimations de l'occupation

¹⁴ A propos de la "démystification" du mythe politique relatif aux écrits de Vitoria, Carl Schmitt explique d'ailleurs le sens de cette attitude, qui nous paraît tout à fait nuancée : *"Il ne s'agit pas pour nous de s'en étonner ou d'en tirer matière à polémique. Mais il est bon de rester scientifiquement conscient de la manière dont se présentent les choses du point de vue de l'histoire du droit. (...) Ce n'était pas pour diminuer sa gloire ni pour amoindrir la vénération qu'il mérite. Bien au contraire. Notre propre intention était de débarrasser de fausses retouches l'image que nous avons de lui et de rendre à ses paroles leur vrai sens. Le nom de Vitoria n'y perdra rien ; il en tirera une résonance peut-être moins bruyante."*, SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001 (1^e éd. 1950), 363p, p. 126.

¹⁵ SCHMITT Carl, *ibidem*, p. 104.

¹⁶ BRISSON Jean-Marie, "L'appropriation du Canada par la France...", art. cit. note 9, p. 68.

européenne ont rapidement été élaborées par la doctrine. On perçoit dès lors l'émergence d'une concurrence entre deux légitimités à occuper les territoires américains.

2) Légitimation de l'occupation européenne

Plusieurs arguments sont présentés pour concourir à la légitimation de la prise de possession européenne. Trois types d'actes juridiques, la découverte, la conquête et l'appropriation effective, sont proposés par les auteurs, Anglais comme Français, pour justifier la politique territoriale des Européens. De plus, comme ces questions s'inscrivent dans le contexte d'émergence de l'État, les structures des organisations amérindiennes ne sont pas reconnues ni considérées à leur juste valeur par les Européens ; l'absence de l'institution étatique encourage davantage encore les Européens à ne pas les traiter en "égaux".

Les trois types d'actes juridiques présentés comme légitimant les Européens dans leur action ont été défendus a posteriori ; ce décalage entre pratique et conceptualisation a contribué à la distorsion des représentations. Bien souvent, ce n'est, en effet, qu'après la prise de possession qu'a été ressenti le besoin de légitimer en "juridicisant" un acte déjà établi. L'ampleur des questions relevant du juridique pour légitimer la prise de possession ne doit pas occulter que la première légitimation apportée à l'époque qui a pu annihiler tous les arguments juridiques, est celle qui présente la civilisation occidentale comme bien supérieure à celle des Amérindiens. Ce discours tenu au 16^e siècle l'est d'ailleurs encore, de manière plus ou moins explicite, à propos de toutes les cultures qui n'entrent pas dans les cadres rationnels de pensée occidentaux. Vitoria ne reconnaît ni la découverte, ni l'occupation comme titre juridique, *"ne fût-ce que du fait qu'à ses yeux le sol d'Amérique n'est pas libre et sans maître."*¹⁷ Pour lui, il s'agit d'une conquête qu'il considère comme juste et le fondement de titre juridique est le mandat de mission pontifical.

D'autres auteurs considèrent que la souveraineté sur les nouveaux territoires naît de leur découverte par les Européens. Notons que ces constructions théoriques étaient parfois, dès leur publication par leurs auteurs, déjà "en retard" sur les positions prises par les autorités. Ainsi, en 1667, un groupe de juristes britanniques déclare *"qu'une puissance européenne qui découvre un pays où vivent des "barbares" peut s'attribuer ce territoire et y exercer sa souveraineté ; à leur avis, les traités conclus avec ces peuples n'ont aucune valeur et sont uniquement destinés à les apaiser [... et] affirment que seule la couronne peut conférer un titre immobilier valide. (...) Au*

¹⁷ SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre*, op. cit. note 14, p. 112.

moment où il [ce texte] est écrit, il ne correspond plus à la politique du roi face aux autochtones. De plus, quelques années plus tard, certains jugements affirment que les colonies américaines ont été conquises, laissant de côté la théorie de la découverte."¹⁸ Si certains auteurs sont souvent en décalage avec les autorités politiques et leur prise de décision, les auteurs entre eux ne s'unissent pas non plus dans le consensus.

Près d'un siècle plus tard, en 1765, le juriste William Blackstone considère que *"les colonies de peuplement ont été fondées sur des territoires "inhabités" c'est-à-dire des terres "désertes et incultes" que les Anglais ont découvertes : alors que le droit sur leur territoire de chasse est reconnu par certains juristes pour les populations sédentaires, la question se pose, et n'est pas réellement résolue pour ce qui concerne les droits sur le territoire des populations nomades, à qui les mêmes droits sont refusés sous prétexte qu' "ils errent" de façon passagère.*"¹⁹

A la fin du 18^e siècle, Emmanuel Kant s'est lui aussi intéressé à la prise de possession de nouvelles terres et aux justifications éventuelles qui pouvaient les accompagner. Là encore, comme dans sa vision générale du droit, il soulève les véritables problèmes : *"la question se pose de savoir, si, dans un pays nouvellement découvert, un peuple peut tenter de fonder un établissement (accolatus) et de prendre possession dans le voisinage d'un autre peuple qui a déjà pris place dans cette contrée, même sans le consentement de ce dernier ?"*²⁰ Cependant, il n'y répond pas avec précision en termes juridiques ; peut-être n'était-ce d'ailleurs ni son objectif, ni le rôle d'un philosophe. Le contenu et le sens de ses propositions sont ambigus : à quelques lignes d'intervalle, il conseille à la fois de ne pas se servir *"de l'ignorance de ces indigènes en ce qui touche la cession de leur terre"*, en cas de conclusion d'un contrat, et considère *"que les raisons justificatrices soient suffisantes apparemment pour assurer qu'une telle violence tourne à l'avantage du monde, en partie par la culture de ces peuples grossiers"*²¹, pour finalement conclure que *"tous ces prétendus bons desseins ne sauraient effacer la tache de l'injustice dans les moyens mis en œuvre à cet effet."* Au-delà de ces légitimations traditionnelles d'ordre théorique, les solutions étaient d'ordre pratique et ont surtout été trouvées sur le terrain, au cours des relations entre les différents acteurs Européens et Amérindiens.

¹⁸ MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit. note 11, p. 116.

¹⁹ de RAYNEVAL Gérard, *Institutions du droit de la nature et des gens*, Paris : Leblanc, An XI – 1803, p. 153, cité par MORIN Michel, *ibidem*, p. 165.

²⁰ KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, Paris : Librairie philosophique Joseph Vrin, 1971 (1^e éd. 1796), 279p, p. 236.

²¹ KANT Emmanuel, *ibidem*, p. 236.

B : Nature de l'expansion coloniale en Nouvelle-France

Suite à la "découverte" des nouveaux territoires, les occupations respectives des différents acteurs en présence sont jugées insuffisantes de part et d'autre. En d'autres termes, l'occupation de l'espace par les Amérindiens est jugée imparfaite par les Européens ; et même si la présence de ces derniers s'est concrétisée par différents actes symboliques tels que l'installation d'emblèmes administratifs ou le changement de la toponymie, ces actes qui ne font pas partie de la culture juridique amérindienne, ne sont pas interprétés par les Amérindiens comme une effective prise de possession, qui, étant donnés leurs rapports à la "Terre-mère", n'est d'ailleurs pas pensable.

Pourtant, le fait que la Couronne de France considère son appropriation comme acquise ne fait plus de doute dès le moment où elle concède des terres, comme si le territoire lui appartenait, aux compagnies successives destinées à organiser l'exploitation de la Nouvelle-France, dès 1627. Même si le procédé de la compagnie de colonisation est indirect, c'est bien la Couronne qui exerce sa souveraineté, étendue à de nouvelles possessions intégrées de manière équivalente au territoire du royaume. S'agissant de la France, l'attestation de l'occupation atteint son aspect le plus tangible par la logique d'implantation du régime seigneurial. S'il est évident qu'il y a eu volonté de possession, la question de la propriété française en Nouvelle-France reste cependant discutable. Le contrôle du territoire n'a jamais été effectif, même s'agissant du régime seigneurial ; celui-ci, pourtant présenté comme le fleuron à défendre de la civilisation française au moment de la Conquête par les Britanniques en 1760, n'a jamais connu une réelle vigueur d'organisation et d'exploitation des terres²². La question du contrôle ou non des terres est importante au regard des relations entretenues avec les Amérindiens, sans qui certains postes de traite de fourrures n'auraient pu être maintenus, et sans qui, en définitive, la Couronne de France n'aurait pu résister aussi longtemps qu'elle ne l'a fait face à "l'ennemi" britannique.

Dans la pratique, cette politique nécessite que les relations avec les Amérindiens soient formalisées par des traités dont la nature et l'interprétation par les différentes parties exigent quelques commentaires (1), avant d'étudier la politique de maîtrise du sol contrôlé par les religieux (2). Ces premiers actes politiques et juridiques reflètent les fonctions dévolues à la Nouvelle-France, à savoir être le cadre d'activités commerciales profitables à la métropole (3).

²² Au moment de la Conquête en 1760, seules 7,5% des terres à concéder l'ont effectivement été. BRISSON Jean-Marie, "L'appropriation du Canada par la France...", art. cit. note 9, p. 87.

1) Les traités Amérindiens/Européens

Les accords franco-amérindiens sont des alliances ou des traités de paix, et ne sont pas expressément des désistements de souveraineté. Les premières alliances sont conclues dès 1602 avec les Innus – appelés aussi Montagnais – qui sont, à ce titre, les plus anciens alliés des Français en Amérique, puis celles avec les Algonquins et les Hurons²³. Ces accords sont relativement faciles à obtenir d'autant que ces groupes Amérindiens demandent de l'aide pour lutter contre les groupes avec lesquels ils sont en conflit tels que les Haudenosaunees.

Dans les années 1665-1667, sont signés des traités de paix avec quatre des nations Haudenosaunees, désignés Iroquois par les Européens : sous le règne de Louis XIV, pour la première fois est conclu l'un des rares traités écrits et paraphés par les deux parties, ce traité prend en compte la préexistence des peuples autochtones sur ces terres, perçues jusqu'alors par les Européens comme inconnues et habitées par des populations non chrétiennes. Ainsi, il est reconnu que la domination du roi de France n'était pas acquise. Dans cet accord de paix, les autochtones contractants s'engagent à respecter la présence française dans la vallée du fleuve Saint-Laurent en échange du respect de leur territoire de chasse. Mais, pourtant, l'engagement n'a pas été respecté par les Français qui ont installé des postes de traite sur les territoires de l'Illinois, habités par les autochtones concernés par le traité ; s'ensuivent des destructions et des tueries, en raison du non-respect des conditions de l'engagement qui visiblement n'a pas été interprété de la même façon de part et d'autre.

Les signes de la prise de terre se sont aussi traduits par des symboles et surtout des comportements émanant des occupants français qui, quoique traduisant une volonté d'occupation et d'appropriation, n'ont pas toujours été d'une autorité incontestable. Seule la Grande Paix de 1701 mit fin définitivement aux conflits. Dans ce traité, les autochtones ne sont pas désignés comme des sujets du roi, mais leur indépendance est néanmoins respectée et ils sont considérés comme des participants à part entière au traité. Ainsi, avant 1701, date relativement tardive par rapport au moment de la rencontre, différents comportements ont pu être l'objet de lectures discordantes, point de départ de l'incompréhension réciproque.

²³ LAJOIE Andrée et VERVILLE Pierre, "Les traités d'alliance entre Français et les Premières nations sous le Régime français", LAJOIE et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones*, op. cit. note 4, p. 143-217, p. 159 ss. **Voir carte de localisation des Amérindiens connus des Français à l'époque des Cent-associés Annexe IX.**

La conquête française permet aussi de légitimer l'occupation en occultant l'éventualité d'une spoliation des populations soi-disant conquises. La nécessité d'une "juste cause" pour la conquête est invoquée par les Britanniques en 1665 : la commission royale qui enquête sur les problèmes d'administration des colonies américaines cherche à prévenir les conflits. Pour les commissaires, *"aucune colonie ne peut disposer des terres prises aux autochtones s'il n'existait pas une "juste cause" de guerre au moment du déclenchement des hostilités. Après avoir examiné une loi du Massachusetts refusant de reconnaître les droits des autochtones sur les terres incultes, ils déclarent que ceux-ci sont propriétaires de leurs terres ancestrales, même s'ils ne les cultivent pas. Cette prise de position est importante, car elle condamne sans ambiguïté la thèse permettant de s'approprier les territoires de chasse des autochtones sans leur consentement."*²⁴ Cet argument théorique n'est pas mis en œuvre à l'égard des Amérindiens de Nouvelle-France ; et c'est la guerre, mais celle que se livrent les puissances européennes entre elles, qui permet aux différents groupes, selon leur allégeance, de se maintenir sur leurs territoires. Du côté des Britanniques, le besoin du soutien, comme alliés, des autochtones face aux Français accélère les négociations relatives aux terres considérées comme non-cédées par les autochtones ; un responsable des relations avec les peuples est nommé, mais les instructions contre les abus qui s'ensuivent ne seront élevées à un niveau législatif qu'avec la Proclamation de 1763.

N'éludons pas le fait qu'en dépit de ces "petits avantages" reconnus aux Amérindiens mais nés paradoxalement de la guerre entre les Européens, ce qu'on a appelé la Conquête des Britanniques en terre française en Amérique a beaucoup coûté aux peuples autochtones de la vallée du fleuve Saint-Laurent, qu'ils soient Iroquois ou Hurons : *"plus exactement, la fin du conflit entre la France et l'Angleterre réduit leur valeur comme auxiliaires militaires et diminue leur capacité de négocier et de manœuvrer. (...) Après 1820, la paix semble assurée, et l'aide Iroquoise ne paraît plus nécessaire. Alors, on coupe progressivement les subventions qui entretenaient l'allégeance. À Kahnawake et à Oka, l'empiétement sur le territoire des Amérindiens sape leur économie agraire juste au moment où disparaît le tribut payé par le gouvernement."*²⁵ La nature juridique des alliances et des traités et leur contenu n'ont, semble-t-il, pas été compris identiquement de part et d'autre. La relation entre les deux camps a perduré dans une relative incertitude que personne n'a brisée, dans la mesure où il existait un décalage entre les discours – celui tenu aux autorités en métropole et celui avec les Amérindiens – et les pratiques, et où les Français de Nouvelle-France n'avaient pas intérêt à dévoiler cet écart entre discours et pratique

²⁴ MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit. note 11, p. 115.

²⁵ GEER Allan, *Brève histoire des peuples de la Nouvelle-France*, Montréal : Boréal, 1998, 165p, p. 146.

qui se retrouve également dans les modalités d'installation et d'organisation politique de la nouvelle société.

2) L'influence des religieux sur la maîtrise du territoire

La Nouvelle-France est l'un des rares territoires où fut tentée une entreprise de peuplement ayant engagé l'Administration qui a dû répondre à des objectifs parfois contradictoires : ainsi, *"d'un côté, elle doit favoriser l'entreprise économique des capitalistes privés, de l'autre elle doit prendre en charge les colonisés."*²⁶ L'enjeu est de concilier à la fois la mise en valeur du territoire conquis, les intérêts commerciaux de la métropole, le tout sans que ces intérêts soient en contradiction avec les aspirations légitimes des nouveaux arrivants²⁷, tout en entretenant des relations qui permettent des alliances avec les groupes amérindiens qui n'ont pas le statut de colonisés. La question du peuplement se présente rapidement comme l'un des problèmes cruciaux du nouveau territoire.

L'objectif premier est de créer des centres de population. C'est ce défi qui pourrait expliquer la nature spécifique du régime des terres en Nouvelle-France : tout est mis en œuvre pour faciliter l'occupation et la culture des terres aux seigneurs et aux censitaires. Le seigneur canadien est présenté dans les textes officiels et par les autorités comme un *"entrepreneur de peuplement et de défrichement"*, il n'a pas les mêmes devoirs et droits que le seigneur parisien ou normand : il est tenu de concéder et n'a pas le droit d'aliéner ou de spéculer sur son terrain en le laissant en friche. Dans la pratique, nous verrons que la réalité est tout autre : les seigneurs de Nouvelle-France étaient souvent trop pauvres et trop peu formés pour jouer le rôle "d'agent de colonisation" que la métropole aurait aimé leur confier²⁸.

Trois politiques pour accroître la population de culture française sont privilégiées : l'immigration de nouveaux habitants venus de métropole pour implanter des activités commerciales ; mais la faiblesse de ce mouvement migratoire est compensée par une politique hautement nataliste. Ce à quoi s'ajoutent des tentatives, pour la plupart vouées à l'échec, de francisation par

²⁶ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard, coll. Les savoirs, 1992, 638p, p. 164.

²⁷ Les nouveaux arrivants viennent le plus souvent de l'ouest de la France (Normandie, Bretagne...), la moitié d'entre eux est partie des villes où ils ont appris leur métier. Les "filles du roi" et les soldats, quant à eux, sont souvent parisiens, en majorité urbains. MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivaux 1600-1760", BROWN Craig (dir.), *Histoire générale du Canada*, Montréal : Boréal, 1990, 694p, p. 122-221, p. 150.

²⁸ DUMONT Fernand, "La représentation idéologique des classes au Canada français", *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1967, n° 3 (spécial Québec), p. 425-438, p. 428.

l'évangélisation des Amérindiens par les groupes religieux très tôt présents en Nouvelle-France. La puissance politique des groupes religieux se mesure en particulier au regard de leur maîtrise du sol dont ils sont les premiers seigneurs. Cette situation leur permettra ensuite d'instaurer une relation étroite, mais parfois hasardeuse, avec les groupes amérindiens dont ils connaissent et adoptent parfois les mœurs, dans l'objectif de les convertir au catholicisme.

Les religieux arrivent dans les premières années dans ce qui est désigné à l'époque comme le *Canada*, et acquièrent des concessions de terres où s'installent les différentes congrégations, Récollets, Jésuites²⁹, Sulpiciens³⁰ et Ursulines. Cependant, étant donné les objectifs de peuplement, il est précisé aux intendants et gouverneurs généraux "*qu'il faudra empêcher autant qu'il se pourra la trop grande quantité de prêtres, religieux et religieuses ; il suffit qu'il y en ait le nombre nécessaire pour le besoin des âmes et pour l'administration des sacrements.*"³¹ D'une manière générale, les affaires religieuses canadiennes sont déjà des questions éminemment politiques, ce qui se traduit par les relations tendues entre le royaume de France et la papauté³². L'importance du rôle des congrégations religieuses dans la vie quotidienne des habitants et dans la gestion des terres, occulte souvent l'importance de l'immigration née des guerres de religions qui se déroulent sur le continent européen et provoque la fuite des populations persécutées, notamment protestantes³³. La nature de l'immigration politique nous importe car, en conditionnant l'arrivée des émigrés, elle a des conséquences sur les comportements juridiques de ces nouveaux arrivants.

Outre cette situation liée au contexte géopolitique, la question religieuse prend une part très importante dans la vie de la Nouvelle-France, en raison du rôle des congrégations dans les domaines clés. Les rapports à la terre, par les concessions que les communautés religieuses ont

²⁹ Les Jésuites reçoivent le deuxième fief concédé par la Compagnie des Cent-Associés, le 6 février 1634. Ce sont également eux qui, en 1674, au moment où les deux premières compagnies ont été dissoutes, possèdent les deux seules terres tenues en franc-alleu, à Trois-Rivières (1634) et Charlesbourg (1637). BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", *Revue historique de droit*, 1935, p. 734-747, p. 737.

³⁰ Le cas de Montréal, seigneurie de Ville-Marie, concédée dès 1640 aux Sulpiciens, illustre, lui-aussi, le rôle des religieux dans l'histoire foncière de la Nouvelle-France. DECHENE Louise, "L'évolution du régime seigneurial, Montréal XVII^e-XVIII^e", *Recherches sociographiques*, mai-août 1971, 12, p. 143-183, p. 149.

³¹ PLUCHON Pierre, *Histoire de la colonisation française*, op. cit. note 1, p. 305.

³² Ces relations tendues peuvent être illustrées, un exemple parmi d'autres, par la querelle juridique entre Louis XIV et le pape, pour la création du premier diocèse de Québec en 1674, dont l'évêque sera François de Laval jusqu'en 1685. MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivales 1600-1760", art. cit. note 27, p. 141-142.

³³ La question de l'importance de la population protestante en Nouvelle-France peut intriguer dans la mesure où, bien au contraire, le territoire est réputé pour sa culture religieuse catholique. "*Mais il ne faut pas oublier qu'à la même époque, ce sont les réformés qui, notamment en raison des entraves mises à leurs activités en métropole, sont souvent les promoteurs du développement outre-mer – si bien qu'en Amérique les colons français, catholiques comme protestants, sont appelés lutheranos par les Espagnols...*". LACOUTURE Jean, *Jésuites, une multibiographie*, op. cit. note 1, p. 291.

très tôt acquises, et par ce biais, les relations qu'elles ont entretenues avec certains des groupes amérindiens leur ont permis d'être incontournables dans la vie politique de la Nouvelle-France, puis après la Conquête, au Bas-Canada.

*"Au XVIII^e siècle, les seigneuries ecclésiastiques couvrent 25% du territoire seigneurial et comptent parmi les fiefs les plus peuplés."*³⁴ Leur puissance inquiète les autorités qui opèrent une politique pour lutter contre l'action des religieux, en particulier celle des Jésuites à qui sont reprochées leurs attitudes et leur politique à l'égard des Amérindiens car *"ils ont cru conserver plus purement les principes et la sainteté de notre religion en tenant les sauvages convertis dans leur forme de vivre ordinaire qu'en les appelant parmi les Français."*³⁵ Les autorités prônent l'assimilation alors que les pratiques des Jésuites consistent à séparer les populations. Tandis que l'assimilation se traduit par une politique de mariages interraciaux, favorisée par Richelieu, puis par Colbert qui reproche aux Jésuites d'empêcher le métissage³⁶, l'argument des Jésuites qui défendent l'organisation en réserves de la vie des Amérindiens est la préservation de la personnalité indienne. Dans les deux cas, assimilation ou séparation des cultures, qui reflètent des représentations différentes du vivre ensemble, les politiques seront un échec. Ce constat d'échec ne se fait pas seulement à propos des relations entretenues avec les Amérindiens ; il est valable au niveau de l'ensemble de la colonie, ce, en raison, outre de l'inadaptation des mécanismes de gestion administrative, du manque de volonté politique de la métropole pour investir outre-Atlantique, ce qui se traduit dans la faiblesse des échanges commerciaux.

3) Approches commerciales de l'occupation

Dans un premier temps, la Nouvelle-France est manifestement perçue comme un nouveau territoire pour les activités commerciales comme en atteste l'organisation initiale de la Nouvelle-France, centrées autour des compagnies marchandes successives, Compagnie des Cent-associés, Compagnie des Indes occidentales etc. Certaines des matières premières expliquent l'engouement initial des populations déshéritées en France, pour immigrer vers les promesses de vie meilleure dans le Nouveau-Monde. La mise en valeur du sol est un objectif affiché et maintes fois répété dans les consignes faites à l'intendant, le personnage qui a le plus de pouvoir dans la colonie. *"La*

³⁴ DEPATIE Sylvie, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, La Salle : Hurtubise, HMH, Cahier du Québec, 1987, 292p, p. 4.

³⁵ PLUCHON Pierre, *ibidem*, p. 306.

³⁶ Un des arguments en faveur de cette politique est le maintien des hommes en Nouvelle-France qui y seront "fixés" par le lien établi avec leur épouse amérindienne. *"Cette stratégie de fusion de races avortera : au XVIII^e siècle, les mariages mixtes seront même interdits, non pour des raisons de couleur, mais pour empêcher nombre de Français de passer à la vie sauvage."* PLUCHON Pierre, *Histoire de la colonisation française*, op. cit. note 1, p. 346.

terre est donc le principal arc-boutant de l'économie canadienne. Du moment que ses champs produisent moins, le pays s'anémie dangereusement."³⁷ Or, les rendements sont très faibles, notamment en raison de l'insuffisance de bras pour cultiver les terres. D'ailleurs, la pénurie d'ouvriers touche tous les domaines d'activité, à tel point qu'il est, dans les années 1720, question d'introduire l'esclavage en Nouvelle-France, à la demande de l'intendant Bégon faite au Conseil de Marine et des habitants eux-mêmes pour accroître leurs productions³⁸. Cependant, certaines régions bénéficient de meilleurs résultats. Le développement des activités en Nouvelle-Beauce, par exemple, a contribué à accroître la productivité. Cette région située au sud/est de Québec, dans la vallée de la Chaudière, tient son nom de sa grande fertilité, par comparaison à la Beauce du sud de Paris. Hocquart décide de coloniser cette région vers 1736³⁹ et elle apparaît pour la première fois dans le recensement de 1739. Les censitaires qui s'y installent viennent de la côte de Beupré et de l'île d'Orléans et ne manquent pas d'expérience, "*ces facteurs réunis expliquent l'éclatant succès que l'on obtiendra dans la Beauce.*"⁴⁰ Le début de l'empreinte des pratiques des nouveaux habitants de Nouvelle-France sur les sols et les représentations de l'espace date de cette période. On peut citer parmi celles-ci, le rang, "*mode de peuplement rural typique du Canada français*"⁴¹. Le bois des forêts est exploité en tant que tel sur place, puis pour la construction navale, pour exporter cette matière première en métropole. Mais l'attrait principal de la Nouvelle-France réside dans les peaux de bêtes, utilisées pour les accessoires vestimentaires.

La traite de la fourrure pose des questions plus aiguës. Étant donné l'enjeu financier qu'il représente, ce commerce est, dans un premier temps, l'objet de monopoles concédés aux différentes compagnies qui se succèdent pendant le régime français. En 1717, la Compagnie d'Occident, qui deviendra par la suite la Compagnie des Indes, est créée par John Law, et reçoit le privilège de la traite pendant vingt-cinq ans ; en fait, le monopole dure tout le régime français. "*Tous les habitants étaient tenus d'expédier leurs fourrures à un bureau établi à Québec ; en échange, le directeur leur remettait un reçu qui pouvait circuler à titre de billet payable au*

³⁷ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France 1713-1744*, lieu (?) , Bibliothèque québécoise, 1990 (1^e éd. 1969), 310p, p. 70.

³⁸ La demande de l'Intendant d'acheter "*cent un*" esclaves n'est pas suivie d'effet, mais cette tentative illustre "*l'acuité du problème créée par le défaut d'ouvriers dans la Nouvelle-France du XVIII^e siècle.*" FRÉGAULT Guy, *ibidem*, p. 83.

³⁹ FRÉGAULT Guy, *ibidem*, p. 204. **Voir carte de la région de Québec en Annexe X.**

⁴⁰ FRÉGAULT Guy, *ibidem*, p. 206.

⁴¹ DUMONT Fernand, "La représentation idéologique des classes au Canada français", art. cit. note 28, p. 427. Le "rang" est le cadre d'exploitation agricole, cette dénomination vient de la forme rectangulaire, perpendiculaire au fleuve Saint-Laurent pour permettre à tous un accès à la voie de navigation. **Voir aperçu visuel du rang Annexe XI.**

porteur (...).⁴² L'activité a mauvaise réputation, "*malgré les interdictions répétées, de jeunes Français se mettent bientôt à parcourir le "pays d'en-haut"*"⁴³. Pourtant, la légalisation de ces "coureurs de bois" est bientôt établie avec l'instauration du "*congé*"⁴⁴ mais le commerce reste le plus souvent en déficit. Notons que la traite de la fourrure, activité très lucrative et donc attractive pour les populations pauvres, est, par sa logique – mobilité des individus oblige – peu compatible avec l'institution seigneuriale qui impose au contraire une vie sédentaire aux agriculteurs et éleveurs. La traite de la fourrure est également complètement incompatible avec les politiques de peuplement puisque les revenus issus de la fourrure seront d'autant plus faibles que la population s'y consacrant sera nombreuse.

La vie en Nouvelle-France n'est pas seulement rurale. Peu à peu, la vie urbaine prend également son essor, la ville ayant une forte attraction. En 1663, plus d'un tiers de la population vit dans les villes. Québec, la capitale d'alors, est la plus impressionnante en population et en superficie parce que la plus ancienne. Montréal, à la même époque, a davantage l'allure d'un poste de traite de la fourrure ; elle est un lieu de transit et de passage pour les commerciaux et les voyageurs, elle gardera cette figure de ville commerciale. Le milieu urbain est également le cadre des seigneuries de la plupart des grandes congrégations religieuses⁴⁵, la population cléricale y prend une grande importance, en nombre et en influence, dès le début de la colonie. Pourtant, malgré la mutation vers l'urbanisation au siècle suivant, liée au début de l'industrialisation de la région, la Nouvelle-France conserve une économie foncièrement rurale et agricole. "*Les premiers colons ont été recrutés dans les milieux héréditairement paysans, et cela, à fins de doter le Canada d'une population de terriens.*"⁴⁶ Cette réalité sociologique explique l'attachement à la terre et les institutions qui contribuent à organiser son occupation.

Cet attachement n'est pas spécifique aux nouvelles populations installées en Nouvelle-France ; le rapport à la terre, même s'il s'exprime sous des modalités différentes, se retrouve au Sénégal où ces questionnements sont également présents à partir de 1633, date de création de la Compagnie du Cap-Vert par Richelieu. Dans ce contexte, se posent de manière essentielle le rapport à la terre et la légitimité d'occuper ces territoires.

⁴² FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France 1713-1744*, op. cit. note 37, p. 90.

⁴³ MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivales 1600-1760", art. cit. note 27, p. 164.

⁴⁴ Le "congé" est un permis mis en place par les autorités pour organiser les voyages de traite. MOORE Christopher, *ibidem*, p. 164.

⁴⁵ MOORE Christopher, *ibidem*, p. 189. L'auteur de la contribution note qu'au début du 18^e siècle, 80 % des ecclésiastiques sont dans les villes. Le Séminaire de Montréal et le Séminaire de Québec comptent parmi les seigneurs les plus puissants du pays.

⁴⁶ DUMONT Fernand, "La représentation idéologique des classes au Canada français", art. cit. note 28, p. 433.

§ 2 : Conquête et prise de possession du Sénégal

Pour présenter la situation coloniale au Sénégal, deux cheminements étaient envisageables : débiter par une présentation des croyances liées à l'espace au Sénégal pré-colonial, afin de mettre en place le cadre dans lequel les autorités administratives françaises tenteront d'appliquer leurs réformes foncières et domaniales. Ou, à l'inverse, faire partir le raisonnement de la démarche coloniale qui entre en contact avec d'autres perceptions de l'espace. Le choix de l'un ou l'autre a des incidences sur la présentation du processus colonial et change l'esprit de la démonstration. Assurément, conduire d'emblée le lecteur vers le système des croyances spatiales et de pensée de l'Empire du Jolof au 16^e siècle aurait permis de mesurer plus radicalement ce qui sépare les deux mentalités sénégalaise et française. Cependant, nous avons opté pour la seconde solution, c'est-à-dire se focaliser sur les modalités de prise de possession par les Français, pour offrir une plus grande possibilité d'établir des passerelles entre les deux processus mis en œuvre de part et d'autre de l'Atlantique et se focaliser sur la rencontre des cultures juridiques.

Pour l'illustration de notre propos, nous retrouvons la situation de Saint-Louis – dont nous avons débuté les évocations dès la première partie sur les manifestations des représentations spatiales – comme fil conducteur car la ville, cadre de nos recherches sur les représentations de l'espace au Sénégal, est le premier poste français en terres africaines. Elle permet d'ancrer les développements théoriques dans les pratiques réellement vécues par les populations. Cette liaison entre théorie et pratique nous paraît essentielle afin de mieux cerner les difficultés qu'ont suscitées les politiques coloniales relatives à la gestion des sols. Les enjeux du comptoir ont d'abord été commerciaux ; ces activités impliquent une gestion et une manière de concevoir l'espace qui est celle de marchands et de traitants qui se côtoient sur un même espace imbriqué. Cette présence favorise l'émergence d'une élite "métissée" mais n'instaure pas une maîtrise stable de l'espace (A). Ce n'est qu'au milieu du 19^e siècle, au moment de la conquête militaire, c'est-à-dire quand l'espace colonial a été associé à l'idée d'État, que la volonté de la maîtrise des sols s'est vraiment affirmée en tant que telle (B).

A : De l'idéologie du comptoir à la création de l'espace colonial sénégalais

A l'inverse de la Nouvelle-France, au Sénégal, l'idéologie coloniale est d'emblée d'ordre économique, sans volonté de peuplement européen. Ce n'est que dans un deuxième temps, justement dans la mesure où il devient nécessaire de réfléchir à l'installation des institutions dans la durée, que les questions juridiques vont s'imposer. Les premières questions à résoudre sont de nature commerciale, d'où la création des compagnies et leurs remplacements successifs, suite à leur faillite. Dans l'organisation administrative, cet état de fait est illustré par les ministères compétents pour les affaires outre-mer. Au début, c'est le ministère de la Marine, lié aux questions des flux commerciaux, qui a la charge de la colonie. Après le temps des découvertes, l'organisation de l'implantation et sa permanence a relevé du ministère du Commerce et de l'Industrie. Ces différents rattachements soulignent les objectifs à atteindre dans les nouveaux territoires.

Le milieu du 19^e siècle annonce une rupture de politique sur le territoire de la Sénégambie ; elle ne s'inscrit plus dans la logique du comptoir mais dans celle de la colonisation proprement dite, notamment à compter de 1854 avec l'arrivée de Faidherbe au poste de gouverneur. A compter de cette date, la politique domaniale et foncière des colonisateurs vise principalement deux objectifs. L'un concerne le déploiement de la politique économique coloniale et l'autre cherche à généraliser la propriété. Cependant, les premiers temps au Sénégal, ceux de la période du comptoir, durent longtemps. D'ailleurs, l'historien Boubacar Barry considère que la politique coloniale proprement dite ne débute qu'à compter de 1876, date à laquelle l'espace colonial est constitué. Avant de préciser les aléas de cette conquête territoriale, il est nécessaire de montrer en quoi les objectifs étaient surtout commerciaux, stratégie qui a longtemps réduit la colonie du Sénégal à un comptoir situé à l'embouchure du fleuve, à Saint-Louis (1), en dépit des programmes agricoles engagés à la moitié du siècle pour donner un nouveau souffle à la colonie (2).

1) Instabilité de la période du comptoir commercial (1633-1819)

D'abord installés sur l'île de Bocos, située près du site actuel de Saint-Louis, les agents de la Compagnie du Cap-Vert et du Sénégal, créée en 1633 par Richelieu, transfèrent en 1659 le comptoir sur l'île de Ndar, le cœur historique de la ville, suite à la destruction par la mer de leur "habitation", le bâtiment militaire. Ce nouveau site est *"un endroit suffisamment protégé contre les intempéries et apte à répondre aux exigences du commerce français, en particulier, la sécurité."*⁴⁷ Abdoulaye Sene observe également que ce besoin de sécurité des populations maures et wolofs a largement concouru à l'établissement de Guet Ndar : *"son peuplement est alimenté par plusieurs vagues de populations soucieuses de liberté, lasses de persécutions religieuses et brimées par le despotisme de l'aristocratie traditionnelle."*⁴⁸ On pourrait avancer que cette quête de sécurité présente de part et d'autre, est peut-être un élément d'explication de l'entente plus ou moins pacifique entre les habitants de Guet Ndar et ceux de Ndar. Il est vrai qu'il aurait été possible aux administrateurs de la colonie de déloger les habitants et de supprimer le village de Guet Ndar qui ne rentrait pas dans les canons occidentaux de l'aménagement de l'espace urbain. Le fait qu'ils ne s'y soient finalement pas résolus s'explique, entre autres raisons, par des relations entretenues entre les deux groupes. *"Les populations de l'embouchure se désaffecteront de l'autorité traditionnelle du brak ou du damel pour se ranger désormais du côté du commerce du comptoir de Saint-Louis à partir du 17^e siècle pour garantir leur sécurité et leur maintien en vie libre."*⁴⁹ De leur côté, les agents du comptoir puis de la colonie trouvent un intérêt dans le rôle économique et social joué par les Guet Ndariens. Les pêcheurs approvisionnent les populations de Ndar en poissons tandis que les piroguiers permettent la communication entre les différentes parties de la ville qu'aucun pont ne relie à l'époque. Et, d'une manière générale, Abdoulaye Sene rappelle que *"les habitants ont été souvent contraints de contribuer à "l'investissement humain" nécessaire à la politique d'urbanisation de l'île au 19^e siècle sous Blanchot et poursuivie par Faidherbe."*⁵⁰ Les politiques d'urbanisation seront nombreuses à Saint-Louis, mais les difficultés pour les mettre en œuvre à Guet Ndar soulignent l'ambiguïté de la politique urbaine et préfigurent celles rencontrées lors des réaménagements du site après 1960.

⁴⁷ DIOP Abdoulaye Sokhna, "La fondation de Saint-Louis du Sénégal", *Bulletin de l'IFAN*, Dakar : IFAN, t. 37, série B, n° 2, 1975, p. 318-339, p. 324. **Voir plans de Saint-Louis en Annexe IV.**

⁴⁸ SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales dans la pêche maritime piroguère. Conditions de travail et modes de vie des pêcheurs de Guet Ndar de Saint-Louis du Sénégal*, thèse de 3^e cycle en sociologie, Université Toulouse le Mirail, 1985, 706p, p. 79.

⁴⁹ SENE Abdoulaye, *ibidem*, p. 82. Le Brak et le Damel sont respectivement les plus hautes autorités des royaumes du Waalo et du Kajoor.

⁵⁰ SENE Abdoulaye, *ibidem*, p. 498.

La ville est le siège du commerce atlantique jusqu'au début du 19^e siècle, plus exactement 1814, date à laquelle l'Angleterre, au congrès de Vienne, propose la suppression de la traite des Noirs. Malgré cela et, en 1831, malgré la loi française d'interdiction de la traite illicite des esclaves, ce "commerce" continue d'être organisé par la Compagnie à privilège du Galam. Ce "commerce" est étroitement lié à celui de la gomme qui nécessite une main-d'œuvre importante. La compagnie profite de l'essor industriel européen pour commercialiser la gomme arabique de la région sénégalienne. Pendant la période du comptoir, toutes les activités sont, en effet, tournées vers la traite de la gomme. L'abbé David Boilat a transmis un témoignage qui, bien que parfois imprécis ou manquant d'objectivité en raison de son militantisme en faveur de la civilisation chrétienne, rend compte de cette période où tous les habitants de Saint-Louis sont traitants, *"c'est-à-dire qu'ils font le commerce de la gomme, dans le fleuve, avec les Maures du désert. (...) Autrefois cette traite était comme une source intarissable où les habitants puisaient, sans beaucoup de peine, des fortunes colossales ; les négociants européens se contentaient de leur vendre, à Saint-Louis, les guinées et autres denrées dont ils avaient besoin, et, au retour, les traitants leur vendaient les gommés. (...) Depuis quelques années [l'auteur écrit en 1850], le nombre des traitants s'est multiplié d'une manière prodigieuse ; tous, jusqu'aux marabouts, vont à la traite, et à la quantité de gommés, qui enrichissait le petit nombre, ne pouvant suffire à tant de commerçants, a fait naître une malheureuse concurrence : c'est à qui fera le plus de dépenses et vendra à meilleur marché ses guinées pour accaparer ces gommés ; la plupart oublient qu'ils ont pris les guinées à crédit et qu'ils faut les payer, à la fin de la traite, en gommés ou en argent."*⁵¹ En 1848, à l'abolition de l'esclavage, est inaugurée une nouvelle période pour la colonie qui doit réorienter ses activités. La politique des comptoirs est remplacée, laborieusement, par celle de la colonie agricole qui implique une maîtrise accrue du sol et prépare, selon la formule de Boubacar Barry, *"la création de l'espace colonial"*. Elle annonce également l'impérialisme colonial de la fin du 19^e siècle.

2) Colonisation agricole au Waalo : les interprétations du traité de Ndiaw en 1819

A l'arrivée des Français, le sol est traditionnellement régi par les règles et représentations ayant cours dans les royaumes du Waalo et du Kajoor⁵². Pour mettre en œuvre l'économie de plantation et *"constituer cette colonie d'un genre nouveau, une voie s'imposait, quand bien même elle jurait avec l'idée de mission civilisatrice française : obtenir pour l'État français, ordonnateur de la*

⁵¹ BOILAT David (Abbé), *Esquisses sénégalaises*, Paris : Karthala, 1984 (1853 chez Pierre Bertrand), 490p. (introduction d'Abdoulaye-Bara Diop, p. 5-52), p. 210.

⁵² On trouve aussi la transcription "Cayor" mais elle ne respecte pas les dispositions de la réforme de l'écriture établie par L.S. Senghor. **Voir les indications pour la prononciation du wolof Annexe XII.**

colonisation nouvelle, la maîtrise absolue du sol dont les souverains précoloniaux étaient crédités depuis longtemps déjà."⁵³ Dans l'objectif de mettre en place un protectorat agricole et économique, les Français ont besoin de terres de plantation pour mettre en œuvre l'entreprise agricole. Les négociations aboutissent au traité de Ndiaw en 1819, signé entre Amar Fatim Mborso, le Brak du Waalo, et le Gouverneur de la colonie Schmaltz. *"Par ce traité, la France met un terme à la politique des comptoirs des XVII^e et XVIII^e siècles pour prendre pied sur le continent où elle empiète davantage sur la souveraineté des États de la Sénégambie.*"⁵⁴ Dès la signature du traité, les divergences d'interprétation apparaissent sur les clauses de l'accord et provoquent, d'une part, la coalition des royaumes voisins, du Trarza, du Fuuta Tooro et du Kajoor qui redoutent les conséquences sur leur propre souveraineté, d'autre part, le refus des populations du Waalo à servir de main-d'œuvre servile dans les plantations.

La théorie de "la succession aux droits des souverains locaux" est basée sur une confusion ou du moins sur une méconnaissance du régime des terres dans les systèmes traditionnels. Les rapports à la terre sont sacralisés car ils sont liés au culte des ancêtres. *"La zone d'influence territoriale d'un groupe sociétal donné repose sur une notion qui tient à la fois de l'histoire et du mythe, la fondation par l'Ancêtre.*"⁵⁵ Les chefs traditionnels sont "seulement" détenteur du domaine éminent. Pourtant, convaincues, ou feignant de l'être, les autorités françaises tiennent les souverains avec qui ils contractent pour propriétaires, au sens de l'article 544 du Code de 1804, tout nouvellement édicté ; selon les termes du traité de Ndiaw de 1819, les mêmes autorités considèrent que la maîtrise absolue du sol du Waalo a été transférée des chefs traditionnels à l'État français. Or, *"[pour] l'aristocratie le paiement de coutume ne constitue pas une aliénation définitive des concessions accordées à la France, tandis que pour le comptoir de Saint-Louis il s'agit d'un achat en règle des terres du Waalo.*"⁵⁶ Les différentes conceptions du rapport à la terre coexistaient notamment le caractère sacré de la terre. Norbert Rouland explique que *"nés de la Terre, les Ancêtres y retournent, tandis que la culture introduit leur parole dans la terre, transformant la brousse, simple espace physique, en milieu humanisé et sociabilisé. L'Ancêtre fondateur d'une communauté villageoise est censé avoir conclu cette alliance avec les*

⁵³ MOLEUR Bernard, "La loi coloniale : son idéologie, ses contradictions", ROCHEGUDE Alain, VERDIER Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris : L'Harmattan/CNRS, 1986, 296p, p. 79-100, p. 84.

⁵⁴ BARRY Boubacar, *La Sénégambie du XV^e au XIX^e siècle. Traite négrière, Islam, conquête coloniale*, Paris : L'Harmattan, coll. Racines du présent, 1988, 429p, p. 247. **Voir les royaumes précoloniaux au Sénégal Annexe XIII.**

⁵⁵ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali. Un aspect juridique du développement économique*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 1976, 2 t., 459p, p. 104, citant RARIJOANA René, *Le concept de propriété droit foncier de Madagascar*, Paris : Cujas, 1967, p. 50 et ss. concernant les trois principes.

⁵⁶ BARRY Boubacar, *ibidem*, p. 197.

puissances tutélaires de la Terre ; il transmet sa fonction de façon héréditaire à des "chefs de terre", qui jouissent sur les hommes de certains pouvoirs en raison de l'autorité qu'ils détiennent sur le sol."⁵⁷ Ce caractère sacré de certains espaces dans les royaumes conquis était incompatible avec la représentation occidentale de souveraineté qui implique une maîtrise absolue sur les sols.

Le traité a pour principal objectif d'organiser des plantations vivrières dans la colonie, pour alimenter les populations et pour l'exportation vers la métropole. Le traité relatif à la cession de terres a été l'objet de plusieurs malentendus et litiges. Le premier est de nature foncière : les coutumes exigées par les clauses ne sont pas identifiées par le Brak à un paiement dans le cadre d'une vente mais à un paiement qui correspond au coût d'une location de terre. D'ailleurs, le traité le suggère puisque son article deux dispose que ces "coutumes", désignées comme des redevances, sont annuelles, caractère qui tend à préciser la nature du contrat et la volonté du Brak : il s'agit d'une location et non d'une vente de terre. "*Le conflit était inévitable dans un pays anciennement occupé où toutes les bonnes terres au bord de l'eau étaient déjà le patrimoine inaliénable d'une famille.*"⁵⁸ Nous préciserons dans quelle mesure et pourquoi ces terres sont considérées comme étant inaliénables par cet auteur, ce qui est en partie exact, mais ce qui nous paraît être une expression excessive en termes juridiques, même si elle reflète bien les représentations sociales de la terre dans cette région.

Une deuxième question posée par le traité de Ndiaw concernait la main-d'œuvre, employée dans les établissements de culture pour mener à bien le projet de colonisation agricole. La réaction des populations fut d'ailleurs une manifestation directe de l'interprétation des Français sur le contenu donné au traité par les chefs wolofs. En effet, le traité stipulait que les chefs du Waalo s'engageaient à fournir la main-d'œuvre parmi les peuples de la région qui devait être "*les principaux instruments d'une colonisation fondée sur la culture par des mains libres.*"⁵⁹ Il était fait allusion aux populations locales mais également aux esclaves libérés revenus au Sénégal après que la traite a été déclarée illicite en 1831 ; tous devaient contribuer au défrichage des terres, à leur mise en culture et à l'entretien des plantations. Le projet échoua : les populations refusaient de collaborer à ce système qui revenait à confisquer les terres de leurs propres plantations et où seuls les chefs bénéficiaient des subventions accordées par les autorités

⁵⁷ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, 496p, p. 253.

⁵⁸ BARRY Boubacar, *Le royaume du Waalo. Le Sénégal avant la conquête*, Paris : Maspero, 1972, (1985 : Karthala), 393p, cité par BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 62.

⁵⁹ BOILAT David (Abbé), *Esquisses sénégalaises*, op. cit. note 51, p. 329.

françaises. Pour compenser le refus des populations, il fut fait appel aux esclaves libérés, en échange d'un travail salarié pendant quatorze ans... Ce système "des engagés à temps" prolongea indirectement la traite au-delà de la période officielle de son interdiction. *"Quoiqu'il en soit, contrainte ou libre, la main-d'œuvre n'était ni concernée sérieusement par l'opération agricole européenne, ni formée à la culture intensive des plantes commerciales. Son efficacité, ses rendements, furent très médiocres."*⁶⁰ Ajoutons que les rendements faibles furent aussi le fait de l'incompétence en agriculture des traitants, européens comme sénégalais, de la gomme qui, ruinés, s'étaient précipités pour obtenir des lots de terre dans les plantations de l'administration, mais aussi de la malveillance de certains d'entre eux qui, pour accroître les primes versées par le gouvernement colonial, provoquèrent le dépérissement des plantations⁶¹.

L'épisode de la colonisation agricole au Sénégal tourna au grotesque mais fournit l'illustration de l'esprit mercantile des colons pendant la période du comptoir. Pour sortir de la crise commerciale, le choix du développement de la monoculture de l'arachide *"considérée, dès 1840, comme le produit miracle pouvant sortir le commerce de la colonie du Sénégal de l'impasse"*⁶², qui se développait dans la partie septentrionale de la Sénégambie, en particulier le Kajoor, inaugurait une nouvelle politique orientée vers l'expansion territoriale, une expansion qui initiait la construction d'un nouvel espace politique.

B : Création de l'espace colonial au Sénégal

A la fin de la première phase de la conquête, au tournant du 20^e siècle, *"il se dessine désormais une tendance très nette chez les souverains légitimes, qui sont les héritiers des aristocraties au pouvoir dans les États issus du démembrement territorial de la Sénégambie du XVI^e siècle ou des révolutions musulmanes triomphantes du XVIII^e siècle, à collaborer avec la colonie."*⁶³

Malgré cette politique d'allégeance, la politique coloniale d'occupation du territoire (notamment les programmes de chemin de fer qui débutent en 1883) nécessite de subordonner l'arrière du pays et donc d'éliminer les aristocraties encore en place, notamment le Kajoor dont le Damel, Lat Joor, résiste jusqu'en 1886. La chute des monarchies wolofs, du Kajoor mais aussi du Jolof, du

⁶⁰ BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 58, p. 64.

⁶¹ *"Lorsque la visite de l'Inspecteur était annoncée, les chefs de culture faisaient ficher en terre, pendant la nuit, des branches de cotonnier et d'indigofères et, à la faveur de cette grossière supercherie, le nombre des plants s'accroissait facilement."* RAFFENEL, *Études sur la colonie du Sénégal*, Paris, 1856, cité par HARDY Georges, *La mise en valeur du Sénégal de 1817 à 1854*, Paris : Larose, 1921, 376p, lui-même cité par BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 58, p. 66.

⁶² BARRY Boubacar, *La Sénégambie du XV^e au XIX^e siècle*, op. cit. note 54, p. 202.

⁶³ BARRY Boubacar, *ibidem*, p. 279.

Saalum et du Fuuta Tooro dans les dernières années du siècle (1), a contribué à renforcer corrélativement le pouvoir des chefs religieux des confréries musulmanes sénégalaises avec qui les autorités françaises doivent désormais être en relation. La progression de l'Islam dans la région a d'ailleurs été renforcée par la suppression des différentes monarchies qui ont été en conflit avec le mouvement maraboutique pendant tout le 19^e siècle. La participation non seulement des marabouts, surtout tijaan, et aussi murid – malgré la réputation de résistant à la colonisation de son fondateur Cheikh Amadou Bamba –, mais également des populations autochtones à l'émergence d'une hiérarchie administrative locale, a contribué à la formation d'une culture juridique liée à une autorité administrative, et finalement à la construction de représentations du modèle étatique importé (2).

1) Conquête militaire et impérialisme colonial

La conquête militaire s'exprime par la prise de possession de nouveaux territoires d'une part, pour renforcer son autorité dans la région, mais également pour permettre la mise en œuvre des politiques arachidières dont le commerce est monopolisé pendant la moitié du 19^e siècle par les compagnies privées des négociants bordelais et marseillais. L'avènement de cette politique a des répercussions sur l'occupation de l'espace : le besoin de main-d'œuvre est résolu par le retour des esclaves noirs, regroupés en "village d'esclaves" dans toute la Sénégalie, comme par exemple à Sor, en 1837, en face de l'île de Saint-Louis.

La conquête se manifeste sur plusieurs fronts. Au Waalo, l'objectif est de ne plus payer les coutumes dues suite au traité de 1819 et aux accords conclus avec le Trarza et le Fuuta Tooro qui font pression sur le Waalo afin d'empêcher les Français de s'installer sur le continent. Les conflits internes du Waalo ne s'inscrivent pas seulement dans le cadre du mouvement maraboutique qui se développe tout au long du 19^e siècle ; ils tiennent aussi au conflit politique qui oppose le Brak et certains membres de la famille royale, en particulier, Majaw Xor. Celui-ci, "*dépositaire du pouvoir foncier des Anciens Lamanes*"⁶⁴, devient le principal interlocuteur des Français à Saint-Louis pour accéder à de nouvelles concessions de terre pour la colonie. Appuyé par les chefs religieux des confréries musulmanes sénégalaises, il défait le Brak et anéantit, un temps, la présence française. Finalement, pour prendre possession de l'ensemble des escales de la vallée du fleuve Sénégal, les Français annexent le Waalo en 1855, profitant de la guerre civile entre aristocratie et chefs religieux et des conflits entre Wolof du Waalo et Maures du Trarza.

⁶⁴ BARRY Boubacar, *ibidem*, p. 248.

Plus au sud, la prise de possession du royaume du Kajoor, à mi-chemin entre Saint-Louis et le futur site de Dakar, est cruciale car il est un carrefour pour la production de l'arachide. Au début du siècle, le royaume n'est encore qu'un partenaire secondaire des Français, mais l'essor du commerce de la graine oléagineuse lui a donné une position stratégique. Le pouvoir du Damel va en diminuant au profit des "maîtres de terre" qui organisent les cultures et contrôlent les paysans. Ce changement des rapports de forces entre les autorités du Kajoor permet à Faidherbe de renforcer ces positions territoriales. *"Ce nouvel espace colonial s'oppose progressivement à l'espace traditionnel contrôlé politiquement et économiquement par le Damel et la classe dirigeante."*⁶⁵ Dans un premier temps, la diplomatie est utilisée afin que les conflits internes au Kajoor ne se généralisent pas à toute la colonie ; l'objectif est de profiter des divisions internes, minutieusement attisées, pour finalement obtenir trois importantes concessions au terme du traité de 1861 qui sera, comme l'a été celui avec le Waalo en 1819, dénoncé comme étant un *"faux traité"*⁶⁶, car l'octroi de concessions de terre n'était pas considéré par le Damel comme un abandon de sa souveraineté sur les terres de son royaume.

Notons qu'en 1876, alors que la conquête militaire est bien engagée, l'espace colonial sénégalais n'est toujours pas véritablement considéré par les autorités françaises comme un territoire politique à part entière. *"La colonie est avant tout un comptoir ou plutôt un agrégat de comptoirs commerciaux destinés à fournir à nos industriels et à nos négociants l'approvisionnement de denrées naturelles destinées à être transformées dans la métropole (...). La politique à suivre découle de ces conditions, elle doit être essentiellement pacifique et ne viser à aucune extension de territoire qui entretiendrait l'agitation dans la zone où s'approvisionnent nos marchés."*⁶⁷ Cette note administrative reflète bien, quoique la conquête militaire soit avancée, que la politique coloniale a été très tardive à s'imposer dans les représentations des autorités. Ce discours distancié s'explique peut-être par le contexte géopolitique européen de la défaite de la France contre la Prusse en 1870 qui a ralenti momentanément les opérations militaires outre-mer, ce ralentissement de la conquête permettant, en définitive, de mettre en place et de renforcer le système administratif et politique dans le territoire conquis.

⁶⁵ BARRY Boubacar, *ibidem*, p. 262.

⁶⁶ L'expression est de Boubacar Barry, elle est symptomatique des représentations du droit en jeu dans la conclusion de ce traité et des interprétations et pratiques de résistance qui en ont découlé. BARRY Boubacar, *ibidem*, p. 264.

⁶⁷ Instructions données en 1876 par l'Amiral Fournichon au colonel Brière de Lisle, citées par BARRY Boubacar, *ibidem*, p. 287 note 1 (souligné par nous).

2) Collaboration administrative avec les pouvoirs confrériques

La chute des monarchies a eu pour conséquence de modifier les rapports de force. Après que toutes les figures royales ont été écartées du pouvoir, ce sont dorénavant les chefs religieux musulmans qui deviennent les interlocuteurs incontournables des autorités administratives françaises. Les populations *"n'avaient d'autre recours, pour survivre et se réorganiser, que de se mettre sous la protection des marabouts qui sont apparus, à cette époque de crise, comme étant leur chefs spirituels et temporels."*⁶⁸ Au Sénégal, les deux principales confréries ont eu un rôle important dans l'organisation administrative du pays. En effet, *"il existait et existe toujours, en milieu wolof, deux confréries principales, tijaan et murid, qui ont joué des rôles complémentaires dans l'expansion de l'Islam à l'époque immédiatement postérieure à la conquête, et après, ainsi que dans l'organisation des populations."*⁶⁹ Le lien avec les confréries s'est notamment fait par la culture arachidière qui nécessite une importante main-d'œuvre que les religieux pouvaient déployer en s'appuyant sur leurs fidèles, et des terres que les autorités coloniales avaient annexées aux dépens des différents royaumes wolofs. La collaboration entre les deux acteurs s'explique par la réciprocité de l'échange : les Mourides, particulièrement impliqués dans les activités temporelles liées à l'arachide, y verront une possibilité de conquête de nouvelles terres octroyées par les autorités françaises qui, elles, profitent de la production et du commerce de l'arachide qui sert la colonisation. *"L'administration va désormais s'appuyer de plus en plus sur eux pour faire accepter sa domination par les populations sur lesquelles ses auxiliaires, les chefs de cantons, avaient peu d'autorité."*⁷⁰ Le soutien des autorités religieuses à l'administration a permis de favoriser une certaine légitimation de l'autorité coloniale, légitimation qui était loin d'être acquise, étant donné le caractère exogène et violent de toute colonisation.

L'administration embryonnaire de la fin du 19^e siècle recrutait déjà certains de ses agents locaux, comme les chefs de canton, parmi les représentants de monarchies alliées, mais ceux-ci n'avaient pas l'autorité des chefs spirituels auxquels les populations accordaient une légitimité et témoignaient une allégeance plus grande. Pratiquement, cela s'est traduit par un *"rôle d'intermédiaire officiel de l'administration qui disposait d'agent officiel. Le Gouverneur du Sénégal notait, en 1932, à propos des murid : "Le Grand Serigne et les marabouts ont fait preuve de dévotion à notre cause, prenant sur eux-mêmes de défendre nos points de vue et de*

⁶⁸ DIOP Abdoulaye-Bara, *La société wolof. Tradition et changement. Les systèmes d'inégalité et de domination*, Paris : Karthala, 1981, 355p, p. 250.

⁶⁹ DIOP Abdoulaye-Bara, *ibidem*, p. 248.

⁷⁰ DIOP Abdoulaye-Bara, *ibidem*, p. 256. Pour le lien entre Mourides et culture de l'arachide voir COPANS Jean, *les marabouts de l'arachide : la confrérie mouride et les paysans du Sénégal*, Paris : L'Harmattan, 1988, 279p.

nous assister dans nos entreprises variées ; l'aide d'une confrérie aussi importante et aussi bien organisée est une contribution appréciable à l'autorité administrative."⁷¹ Cette note administrative illustre bien la nature de la relation, ce que Abdoulaye-Bara Diop désigne comme le "*neutralisme positif*"⁷² des deux confréries. Cette attitude de soutien à une puissance étrangère pourrait surprendre. En fait, elle s'explique d'abord par l'idéologie même de l'Islam qui, selon la lecture des textes et de la tradition, ne rejette pas systématiquement toute autorité étrangère, si elle n'offense pas la religion musulmane. Cet argument illustre la grande capacité de la religion musulmane et de ses différents courants à permettre différentes interprétations d'une même situation de fait, qui sont ensuite lues à la lumière de la sauvegarde de la cohésion de groupe et du réalisme du contexte. Un autre argument pour expliquer cette alliance, de prime abord contre-nature, entre autorités musulmanes et autorités politiques colonisatrices, consiste à identifier ces différents acteurs comme faisant partie, de manière identique, des élites. Ainsi, même si celles-ci sont issues de sphères a priori différentes, les intérêts qu'elles défendent respectivement font qu'elles trouvent, en définitive, facilement un terrain d'entente : en l'occurrence, aristocraties religieuses et bourgeoisie étatique se retrouvent sur le terrain économique ; ce sont elles qui ont mis en place le "*circuit de l'économie monétaire [issu] du pacte colonial*"⁷³, dont elles ont, l'une et l'autre, largement profité, au détriment, serions-nous tenté de dire, des populations employées comme producteur bon marché de l'arachide, une monoculture destinée à l'exportation vers la métropole et envisagée que secondairement à les faire vivre.

Les relations entre les élites religieuses et politiques dans le Sénégal de la fin du 19^e siècle, les incidences sur les représentations du Droit, mais aussi sur l'ordre politique des populations locales ont contribué à mettre en place les facteurs d'un phénomène d'acculturation des manières de penser et de pratiquer les droits sur les terres.

⁷¹ DIOP Abdoulaye-Bara, *ibidem*, p. 326, avec une référence au "Rapport politique, Sénégal 1932", *Archives du Sénégal*, Dakar.

⁷² DIOP Abdoulaye-Bara, *ibidem*, p. 324. Ce principe de "*neutralisme positif*" a été, dans un premier temps, conceptualisé par les autorités *tijaan* qui ont, dès la conquête, adopté cette attitude. Pour les *Murid*, la démonstration de ce loyalisme n'est pas immédiate, et pour cette raison d'ailleurs, leur chef spirituel Cheikh Amadou Bamba est mis sous surveillance et exilé de nombreuses années au Gabon. Ce n'est qu'à son retour d'exil, en 1912, qu'il adopte également une attitude de soutien à l'idéologie coloniale. Une des illustrations notoires de cette entente est le soutien des marabouts au système colonial jusqu'en 1958 au moment du choix entre indépendance et maintien dans la "communauté française", qui sera finalement largement approuvée lors du référendum.

⁷³ DIOP Abdoulaye-Bara, *ibidem*, p. 252.

Transition en forme de commentaire sur l'alliance sacrée avec la terre

Dans ce processus de rencontre entre des cultures juridiques différentes dont les fondements ne relèvent pas des mêmes systèmes de pensée, il est nécessaire de préciser en quoi consistent ces "autres" représentations du droit et de l'espace. Notre propos est de donner quelques clés de compréhension aux résistances qui ont pu exister, et qui existent d'ailleurs toujours, face à un système juridique.

Pour saisir ce que sont les religions traditionnelles, il faut garder à l'esprit l'étymologie du terme "animisme". Il vient du mot latin *anima, ae*, qui signifie "âme". Le dictionnaire *Le Robert* décrit l'animisme comme étant "*l'attitude consistant à attribuer aux choses une âme analogue à l'âme humaine.*" Cette définition n'est pas tout à fait satisfaisante car elle laisse entendre que toutes "les choses" ont une âme. De plus, en ne précisant pas pourquoi certaines d'entre elles ont un statut particulier, elle sous-entend que, dans l'animisme, les choses sont adorées pour elles-mêmes. Or, ce sont les esprits qui les habitent qui font l'objet de culte. Les choses qui peuvent prendre l'apparence mythique de monstres ou d'animaux "*sont comme un réceptacle où les êtres supérieurs viennent habiter ou bien où ils aiment à venir.*"⁷⁴ Ces êtres manifestent la croyance dans un univers invisible qui entretient des liens avec le monde des hommes, notamment par le culte voué aux ancêtres qui tiennent un rôle d'intermédiaire. Ce que représente l'animisme a subi un glissement de sens et des mauvaises interprétations qui nous conduisent à préférer, pour désigner le même phénomène, l'expression de Mustapha Diop, professeur à l'Inalco, "religions traditionnelles" ou bien "religions du terroir" qui ne contiennent pas les connotations péjoratives ou simplistes des termes de la famille d'animisme.

En Afrique, ces religions revêtent une grande importance dans la mesure où elles sont très répandues et parfois simultanément à la pratique d'une religion monothéiste, chrétienne ou musulmane. Au Sénégal, où l'Islam est la religion de près de 94% de la population⁷⁵, ce sont les phénomènes confrériques de l'Islam soufi qui illustrent les spécificités des religions monothéistes, représentées entre autres par la confrérie mouride, fondée par Ahmadou Bamba en 1886, qui tient un rôle essentiel dans la vie politique et religieuse sénégalaise depuis sa

⁷⁴ GLELE Maurice Ahanhanzo, *Religion, culture et politique en Afrique noire*, Paris : Economica/Présence africaine, coll. Politique comparée, 1981, 206p, p. 27.

⁷⁵ DIOUF Makhtar, *Sénégal, les ethnies et la nation*, Paris : L'Harmattan, 1994, 205p, p. 43.

fondation⁷⁶. Ces différents systèmes de croyances coexistent au Sénégal où l'athéisme est très peu répandu, ou du moins très peu déclaré, voire même "*inconcevable (comme) dans la plupart des sociétés africaines*."⁷⁷ Ainsi, le fait "religieux" imprègne la vie quotidienne et constitue, avec le milieu naturel, un facteur d'influence des représentations spatiales.

De la même façon, bien qu'exprimées différemment, les croyances religieuses des Amérindiens participent de la construction de cosmogonies qui font appel à de nombreux esprits et rituels des religions traditionnelles et qui orientent le rapport à la Nature en général, à la Terre en particulier. La religion imprègne chaque aspect de la vie et de la nature des groupes amérindiens, qu'ils soient chasseurs nomades ou agriculteurs sédentaires. Les mythes considérés comme sacrés permettent d'expliquer l'ordre cosmique et social, ainsi que les relations entre les humains et les dieux. Ces mythes fondateurs, qui instituent la société en décrivant comment sont créées les institutions humaines, mettent en scène un personnage qui instruit les ancêtres des humains. Le lien entre ancêtre et société s'établit. Ses représentations particulières sont perceptibles dans l'orientation que les sociétés humaines attribuent aux espaces qu'elles occupent et dans le rapport au sacré qui, donné ou construit, se retrouve dans toutes les sociétés, même si certaines l'ont oublié ou l'occultent. Les représentations de l'espace et de la terre par les Amérindiens ont des conséquences sur la nature et la portée des alliances qui ont pu voir le jour entre Français et groupes amérindiens⁷⁸.

En outre, dans les religions traditionnelles, amérindiennes et sénégalaises, la mort n'est pas une fin, mais un passage du monde visible au monde invisible. Les ancêtres jouent le rôle d'intercesseurs entre ces deux mondes. Ils peuvent se manifester par l'intermédiaire de divers objets ou d'attitudes particulières de certaines personnes, qui, de ce fait, acquièrent un caractère sacré. Le culte s'organise par des cérémonies et des offrandes en l'honneur des ancêtres afin qu'ils intercèdent en faveur des vivants. Le monde de l'invisible participe à tout instant à la vie du

⁷⁶ COULON Christian, *Le Marabout et le Prince (Islam et pouvoir au Sénégal)*, Paris : Pédone, 1981, 317p. Pour une illustration pendant la campagne électorale présidentielle de 2000. Notre étude "Les relations entre religions et politique vues par la presse sénégalaise", *L'élection présidentielle 2000 au Sénégal et la presse sénégalaise*, mémoire de DULCO de wolof de l'INALCO, sous la direction de Moustapha DIOP, 2000, 154p, p. 35-60.

⁷⁷ GLELE Maurice Ahanhanzo, *Religion, culture et politique en Afrique noire*, op. cit. note 74, p. 32.

⁷⁸ Sur la question des représentations de l'espace des Amérindiens, se référer notamment à LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Maurice, BISSONNETTE Alain, NORMAND Sylvio, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, op. cit. note 4 ; à propos des récits de voyage PLUCHON Pierre, *Histoire de la colonisation française*, t. 1 : Le premier empire colonial, des origines à la restauration, Paris : Fayard, 1991, 1114p, p. 335-351 ; COLLIGNON Béatrice, *Les Inuit. Ce qu'ils savent du territoire*, Paris : L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1996, 254p ; BISSONNETTE Alain, GENTELET Karine et ROCHER Guy, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec", *Cahier d'anthropologie du droit*, 2005, Droit, gouvernance et développement durable, à paraître.

monde du visible. Cette présence quotidienne des ancêtres fait que le rapport au sacré est permanent et diffus. Ce caractère est souligné par l'espace que l'on consacre aux ancêtres. Ils peuvent être enterrés à proximité des vivants, parfois sous les maisons ; quand cela n'est pas le cas, le cimetière obéit à certains critères qui permettent d'instaurer la sacralité de l'espace. Ainsi, le cimetière doit être à l'intérieur du territoire clanique et son agencement doit respecter les lignages. Ces représentations de l'espace et leurs mutations sont au cœur de nos interrogations relatives aux premiers contacts et à la découverte des cultures juridiques.

Section 2 : Diversité des représentations de l'espace et premiers contacts

Il est difficile d'examiner la réception des pratiques coloniales sans avoir à l'esprit le cadre spirituel et religieux du Sénégal et de Nouvelle-France avant que la logique coloniale ne soit à l'œuvre. Le phénomène religieux comprend plusieurs systèmes de croyances, ce qui implique d'adopter une définition large du terme "religion". Sans reprendre dans ses détails la définition du terme proposée par le dictionnaire *Le Robert*, nous retiendrons que la religion est "*la reconnaissance par l'homme d'un pouvoir ou d'un principe supérieur de qui dépend sa destinée*" et "*dont résulte un ensemble d'actes rituels*." Cette définition a le mérite de proposer une acception large de la notion, et d'inclure différents systèmes de croyances ; en d'autres termes, elle permet d'aborder à la fois les religions traditionnelles ou locales, et les religions monothéistes ou importées pendant la colonisation dans les pays occupés. Le choix de rapprocher les développements sur les représentations spatiales amérindiennes et sénégalaises s'explique, malgré leur spécificité propre et leur diversité interne, par des principes conducteurs similaires qui soulignent le lien entretenu avec les ancêtres dont le culte est un élément essentiel pour comprendre comment est "fondé" puis occupé l'espace. Cette manière de concevoir a eu nécessairement des répercussions sur les relations entretenues avec le colonisateur et sur les pratiques juridiques mises en œuvre pour gérer cet espace qu'il fallait dorénavant sinon partager du moins occuper non exclusivement. Nous tenterons d'éclaircir selon quelles modalités les pratiques du colonisateur, très différentes dans nos deux contextes d'étude, ont été adoptées et surtout comment les premiers contacts juridiques entre colonisés et colonisateurs ont été perçus. L'ambiguïté des relations franco-amérindiennes est particulièrement visible dans l'organisation des réserves dans le cadre du régime seigneurial (§ 1) tandis qu'au Sénégal la rencontre des cultures juridiques s'est faite dans la confrontation des droits traditionnels et du droit des biens français (§ 2).

§ 1 : L'ambiguïté des relations franco-amérindiennes

Jean-Marie Brisson, suite aux évolutions de la doctrine sur la question de la nature de l'occupation française, considère qu'"il n'est pas facile de dire si la France s'est effectivement approprié le territoire du Canada avant 1760. Curieusement, la question est nouvelle, puisque, pendant longtemps, on n'a guère pensé qu'il y avait seulement matière à la poser. Aussi paraît-il

prématuré, compte tenu de l'état des recherches, de conclure catégoriquement dans un sens ou dans l'autre."⁷⁹ Il importe de s'interroger sur la nature de l'occupation et des relations entretenues par les différents groupes en présence en Nouvelle-France. D'une part, examiner l'interprétation par les Français des représentations de l'espace des Amérindiens (A), d'autre part, tenter de percevoir les perceptions de ces relations notamment dans le cadre des réserves, instituées par les autorités religieuses (B).

A : Interpréter les relations entre Amérindiens et Européens

A l'époque des découvertes et conquêtes, les lectures théoriques pour expliquer et justifier la prise de terre ne sont sensibles qu'à un très petit nombre d'individus européens. A l'intérieur de ce groupe, leur objectif relève de la stratégie militaire et sont des signes forts envoyés entre empires coloniaux naissants puisque la logique de conquête s'inscrit dans la rivalité que se livrent les puissances européennes hors d'Europe. Mais cette logique a aussi des conséquences sur les rapports entretenus avec les Amérindiens. Pour ceux-ci, ce sont les actes de la pratique qui peuvent faire l'objet d'une interprétation. De la même façon, ce sont les comportements des Amérindiens qui guident les premiers Européens pour en venir à contracter des accords dont la portée ne semble pas être identique aux yeux des deux parties. Les différentes représentations liées au droit sur le territoire influent sur la compréhension de ces accords, ceux-ci sont considérés comme des alliances par les Amérindiens mais ils ne sont pas considérés comme de véritables traités par les Français. Détaillons comment les Européens perçoivent les représentations de l'espace des autochtones (1), puis, la nature des relations établies entre les deux groupes, Amérindiens colonisés et Européens colonisateurs (2).

1) Interprétations par les Européens du 17^e siècle des modes d'occupation des Amérindiens

Un des aspects qui nourrit l'argumentaire consiste à témoigner de la façon dont l'espace est occupé par les Amérindiens. Pour les Européens, à l'étroit, le territoire qu'ils considèrent comme s'ouvrant à eux n'est pas occupé à sa juste valeur. On retrouve le litige lié aux terres considérées comme "vaguement" occupées parce que seulement parcourues, qui opposent l'une à l'autre les mentalités sédentaires et nomades. Au début de la colonisation anglaise, dans la première moitié du 17^e siècle, *"un nombre croissant d'auteurs affirment que les autochtones ne possèdent pas les territoires de chasse qu'ils ne font que "parcourir". Ce refus de reconnaître l'occupation des terres "improductives" parce qu'elles ne sont pas cultivées, symptomatique de la rareté des*

⁷⁹ BRISSON Jean-Marie, "L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760...", art. cit. note 9, p. 103.

terres en Angleterre, remonte au moins à Thomas More et a déjà été employé pour justifier la guerre en Irlande. (...) Affirmant que ce territoire relève de l'Angleterre, le roi déclare que les autochtones ne possèdent pas leurs terres et ne peuvent donc les céder à d'autres. De façon contradictoire, il ajoute que l'on ne peut prouver que tous les autochtones de la région ont consenti à cette aliénation. A partir de 1620, l'Angleterre invoque d'ailleurs la notion de découverte, notamment contre les Pays-Bas."⁸⁰ Pourtant, les pratiques des autorités britanniques ne coïncident pas avec ces déclarations officielles puisqu'elles sont amenées à négocier au cas par cas avec les autochtones, pour qu'ils consentent à céder leurs terres. La politique avancée est peu à peu nuancée, le revirement se traduit dans les prises de positions officielles et par les écrits des juristes, pour que théorie et pratique se trouvent davantage en phase. Ce décalage entre théorie et pratique, entre ce qui est dit en métropole et ce qui est effectivement vécu en Nouvelle-France est tel qu'il peut en résulter l'oubli ou la méconnaissance de la véritable nature des relations qui ont été entretenues entre Amérindiens et par les nouveaux habitants de la Nouvelle-France.

Depuis une vingtaine d'années, les auteurs qui s'intéressent aux rapports entre Français et Amérindiens ont pris quelque distance avec le schéma traditionnel de présentation de l'histoire. Là encore, la vigilance est de rigueur : de l'occultation du rôle des Amérindiens, il n'est pas non plus pertinent de tomber dans un extrême inverse qui consisterait cette fois-ci à donner systématiquement le beau rôle aux Amérindiens et sombrer, selon l'heureuse formule de Ghislain Otis, dans une sorte de "romantisme"⁸¹, pas plus objectif. Un des traits caractéristiques de l'évolution de la doctrine sur les relations franco-amérindiennes consiste à rééquilibrer les rôles respectifs des parties en présence. En l'occurrence, cela revient à se demander si les Français avaient effectivement l'influence évoquée par certains auteurs et quelle a été effectivement l'attitude des différents groupes amérindiens : quelle a été leur marge de manœuvre dans la

⁸⁰ MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit. note 11, p. 111.

⁸¹ Selon Ghislain Otis, dans ces présentations, les droits ancestraux y sont présentés "à partir d'une lecture pluraliste" comme "(...) le résultat d'un *modus vivendi* interculturel qui se serait imposé aux colonisateurs à la faveur d'un rapport de force moins déséquilibré entre les Européens et les Autochtones." "Le dyptique Côté-Adams ou la préséance de l'ordre établi dans le droit postcolonial des peuples autochtones", Centre d'études constitutionnelles d'Edmonton : *Forum constitutionnel*, 1997, vol. 8, n° 3, p. 70-78, p. 72 ; ou encore OTIS Ghislain, "La critique des droits ancestraux : réflexions d'un juriste sur les thèses de Flanagan", FLANAGAN Thomas, *Premières nations ? : seconds regards*, Sillery : Septentrion, 2002, 304p, p. 217-226, où il associe ce romantisme à "*la mauvaise conscience postcoloniale*", p. 218. Une grande partie du droit international concernant les autochtones est empreint de "*romantisme ethno-écologiste*" ; OTIS Ghislain, "La protection des religions autochtones : les trajectoires de l'action normative internationale", *Droit et culture*, n° 42, 2001/2, p. 29-37, p. 34. Dans le même sens, Bjarne Melkevik, à propos de l'ouvrage de Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit. note 11, parle "*d'un parti pris romantique et idéaliste*", "Contre-rendus de lectures", *Les Cahiers de Droit*, vol. 39, p. 939.

résistance à l'occupation ? Pour ce, les juristes québécois s'accordent le plus souvent avec Sylvio Normand pour reconnaître qu'*"il est d'ailleurs vraisemblable que le renouvellement de la pensée juridique, en ce qui concerne l'étude de questions telles que celles étudiées ici, passe par une ouverture à l'apport de disciplines externes au droit et à la prise en compte de valeurs culturelles autres que celles qui peuvent être qualifiées de dominantes."*⁸² Ces nouvelles présentations historiques relatives aux relations avec les Amérindiens s'inscrivent dans le contexte des courants d'histoire "révisionnistes" et *"ont eu pour propos de montrer que les Autochtones pouvaient être perçus, non plus simplement comme les objets d'une histoire subie, mais comme les sujets à part entière d'une rencontre égalitaire."*⁸³ Le statut d'objet et non de sujet des Amérindiens est très ancré dans les mentalités, ce regard prend sa source dans la nature des premières relations entre religieux et Amérindiens.

2) Perceptions des Amérindiens sous le régime français, entre altruisme et esclavagisme ?

Au-delà de l'œuvre évangélique qui motive les seigneurs religieux et du massacre, lent mais radical, qui a suivi, certains de ces religieux ont pu parfois entrevoir, de façon précoce, l'altérité et, dans certains cas, la respecter. Jean Lacouture parle, à propos des méthodes des Jésuites, d'inculturation : *"entre toutes les techniques dont s'arme le missionnaire jésuite, primordiale est la pratique de la langue de l'hôte et la connaissance de son univers mental, religieux, de ses principes et de ses usages – qui inspire un type de relations fondées sur le respect. Quand Jean de Brébeuf, qui finira écorché vif par les Iroquois, rédige un "avertissement d'importance" à l'usage des novices, il met d'abord l'accent sur la connaissance du langage : "(...) la langue huronne sera votre Aristote et votre Saint-Thomas, et tout habile homme que vous êtes et bien disant parmi les personnes doctes et capables, il vous faut résoudre d'être assez longtemps muet parmi les barbares ; ce sera beaucoup pour vous quand vous commencerez à bégayer (...)"*⁸⁴. Il serait intéressant de faire une étude comparée des attitudes des différents groupes religieux vis-à-vis des groupes amérindiens. Si les attitudes ont pu être variables selon les obédiences et parfois selon les personnalités de tel ou tel religieux, toutefois les relations ont, dans tous les cas, abouti à une relation imprégnée de paternalisme et de racisme.

⁸² NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire...", art. cit. note 4, p. 109

⁸³ BRISSON Jean-Marie, "L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760...", art. cit. note 9, p. 91. Le terme "révisionniste", dans l'historiographie québécoise, fait allusion à la reconstruction du passé québécois et concerne la période française souvent idéalisée par les auteurs nationalistes. RUDIN Ronald, *Faire de l'histoire au Québec*, Sillery : Septentrion, (trad. de Pierre R. Desrosiers), 1998, 278p, p. 205. (chapitre "A la recherche de la normalité : le révisionnisme et au-delà").

⁸⁴ LACOUTURE Jean, *Jésuites, une multibiographie*, op. cit. note 1, p. 288 citant ROUSTANG François, *Jésuites de la Nouvelle-France*, Paris : Desclée de Brouwer, 1970, 352p.

La reconstruction a posteriori du comportement des habitants de la Nouvelle-France par l'histoire québécoise a pu ainsi occulter certains aspects sombres de ce passé. La question de l'esclavage, par exemple, est traitée par Marcel Trudel comme l'un de ces "oublis". Cet épisode de l'histoire canadienne est peu connu, sûrement parce qu'il n'a pas été développé par les historiens qui considéraient *"la Nouvelle-France comme bien différente de ses voisines, les colonies européennes d'Amérique, et longtemps ils ont estimé notre passé d'un niveau supérieur à celui des autres, comme si un destin particulier nous était échu, dont ne jouissaient pas les autres."*⁸⁵ Pourtant, l'auteur se demande pourquoi dans un même contexte économique, la Nouvelle-France n'aurait pas pratiqué l'esclavage des Noirs, comme l'ont fait les colonies du Sud, et des Amérindiens. Concernant ces derniers, la question était difficile : venus en évangélistes, les colons de France ne pouvaient réduire en esclavage ces nouveaux chrétiens qui devenaient, qui plus est, "citoyens français". Pourtant, *"le Canada, colonie française, a pratiqué l'esclavage des Noirs et des Amérindiens et il a continué du temps qu'il était colonie anglaise. (...) L'utilisation du mot "esclave" dans un registre de nature publique apparaîtrait pour la première fois en 1694 dans le registre d'état civil de Lachine : on se contentait jusque-là d'écrire que l'Amérindien ou le Noir appartenait à un tel ou un tel, comme si l'on avait peur du mot."*⁸⁶ Cependant, il n'y a pas d'importation massive parce que la principale activité est celle de la traite de la fourrure qui ne demande pas un grand nombre d'ouvriers. L'esclavagisme n'a pas été explicitement érigé en système ; en revanche, l'organisation en réserves procède d'une autre "logique", l'objectif visé est l'acculturation et l'assimilation. Au regard de la rencontre de différentes cultures et civilisations, l'expérience est aussi peu satisfaisante.

B : L'instauration des "réserves" et le droit applicable aux Amérindiens

La nature du droit appliqué aux Amérindiens permet également de définir les relations franco-amérindiennes. Les Amérindiens sont considérés comme français par les autorités coloniales, pourtant les lois civiles et criminelles ne leur sont pas applicables⁸⁷ et seules les lois religieuses semblent les concerner. *"La condition juridique des Européens, Européens et assimilés comme on dit a toujours été profondément différente du statut des indigènes. La colonisation française,*

⁸⁵ TRUDEL Marcel, "Quand les québécois pratiquaient l'esclavage", *Mythes et réalités dans l'histoire du Québec*, Montréal : Hurtubise, HMH, Cahiers du Québec, coll. Histoire, 2001, 325p, p. 174-192, p. 174.

⁸⁶ TRUDEL Marcel, *ibidem*, p. 178-179.

⁸⁷ TRUDEL Marcel, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 3 : *"La seigneurie des Cent-Associés 1627-1663"*, t. 2. La société, Montréal : FIDES, 1979, 669p, p. 600.

pour égalitaire qu'elle soit, n'a pas mélangé les races."⁸⁸ De fait, s'ils sont désignés comme étant des "sujets français" par la *Charte de la Compagnie des Cent-Associés*, s'ils embrassent la religion catholique⁸⁹, l'intégration dans l'ordre juridique colonial ne s'est pas faite sans résistance ni adaptation de part et d'autre. Pour déterminer s'ils sont considérés comme des sujets ou des alliés, il est nécessaire de s'interroger sur la réalité des pratiques juridiques et non pas sur ce que peuvent en dire les textes⁹⁰. Il semble qu'un traitement égalitaire ne soit pas avéré, d'ailleurs, les échanges entre administrateurs l'attestent, ce qui justifie la mise en place des réserves pour des raisons à la fois religieuses et stratégiques (1). Du point de vue des Amérindiens, leur objectif est de préserver leur territoire, mais la pression coloniale est telle qu'en dépit de leur résistance, certains finissent par intégrer les réserves. Cette institution est inadaptée aux modes de vie des Amérindiens comme l'échec de certaines seigneuries organisées en réserve l'illustrent (2).

1) Les mobiles de la mise en place des réserves en Nouvelle-France

Fortes de leurs importants territoires, et dans la logique de christianisation qui est la leur, certaines congrégations, les Jésuites et les Sulpiciens, instaurent des relations étroites avec les Amérindiens, du moins les groupes "amis" des Français, les Algonquins et les Hurons en particulier, à l'intérieur de ce qu'on a appelé les réserves. Le terrain d'Amérique du Nord n'est pas la première expérience des Jésuites qui ont déjà opéré en Amérique du Sud, au Paraguay, en initiant la pratique de la réserve avec les populations Guarani. Le système était prôné dans le cadre de leur projet de christianisation, mais aussi comme un moyen pour sédentariser des populations qui ne l'étaient pas⁹¹. En terre d'Amérique du Nord, les Amérindiens refuseront d'abord eux aussi de se faire enfermer dans les réserves, mais ce ne sont que les guerres et les épidémies qui les y pousseront, à bout de force. *"Alors les réserves deviendront des sortes de camps de réfugiés. Les missionnaires y trouveront l'occasion rêvée de s'imposer en détenteurs exclusifs du pouvoir religieux à une population réduite à la dépendance matérielle totale."*⁹² Quelles étaient les motivations de l'époque pour prôner l'instauration des réserves ?

⁸⁸ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit. note 26, p. 173.

⁸⁹ NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire...", art. cit. note 4, p. 136. L'article 17 de cette charte parle *"de former un même peuple de Français et d'Amérindiens chrétiens et sédentaires."*

⁹⁰ A propos du droit criminel, par exemple, un arrêt du Conseil supérieur de Québec en 1664 relatif aux peines encourues en cas de meurtre ou de viol, puis l'ordonnance de 1676 qui rappelle que tous les Amérindiens sont assujettis au droit criminel français ont bien tenté d'*"intégrer les Amérindiens dans la société coloniale"*, mais ce droit ne fut pas appliqué. NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 138.

⁹¹ GRABOWSKI Jan, *The common ground settled natives and French in Montréal 1667-1760*, Thèse (Ph.D.) en histoire, Université de Montréal, 1993, 445p, p. 43.

⁹² DELÂGE Denys, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal : Boréal compact, 1991 (1^e éd. 1985), 416p, p. 298.

Les réserves sont mises en place car la différence entre les modes de vie des Amérindiens et des Européens représente pour ces derniers une crainte voire un danger pour leur civilisation. L'auteur Denis Delâge s'est penché sur les argumentaires défendus à l'époque et souligne cet état d'esprit. *"Les guerres de fourrures et les guerres de colonisations ont en quelques sorte servi de premier élément de "solution" au "problème" amérindien. Implantés sur ce continent depuis des millénaires, ce sont soudainement eux, les Amérindiens, qui font "problème", non pas les envahisseurs. Les Français de la vallée du Saint-Laurent, plus précisément les administrateurs et les Jésuites, allaient de leur côté mettre au point une deuxième "solution" au "problème" amérindien : la réserve."*⁹³ Outre les motifs d'ordre religieux, il est important de garder à l'esprit que des mobiles économiques et surtout stratégiques ont guidé l'instauration et le choix des situations des emplacements réservés aux Amérindiens. *"Les réductions devaient en effet servir de tampons en cas d'attaques anglo-iroquoises. Tandis que les Hurons devaient aider à protéger Québec, les Abénaquis pouvaient prévenir des invasions par la Chaudière, le Saint-François et le Richelieu. Quant aux Iroquois chrétiens, ils étaient la "sûreté de Montréal"."*⁹⁴ Laisser s'installer les Amérindiens à proximité de Montréal permettait aussi de contrôler le chemin de la traite et le commerce de la fourrure en s'interposant entre deux groupes amérindiens "traditionnellement" ennemis ; les alliances avec les Européens reflétaient d'ailleurs cette rivalité. On a pu se demander si la ligue iroquoise n'avait pas pour stratégie *"de s'allier aux deux rivaux européens tout en exploitant leur rivalité"*⁹⁵. En fait, la ligue était elle-même l'objet de dissensions internes que les Jésuites ont favorisées pour affaiblir l'alliance Iroquoise.

A ce niveau de nos développements, il nous faut préciser que la diversité est présente aussi bien parmi les puissances européennes que parmi les Amérindiens. Ainsi, la migration dans les réserves proches de Montréal illustre cette division. En effet, les Amérindiens qui ont immigré sont Iroquois, ce qui peut surprendre, ceux-ci ayant la réputation d'être alliés des Britanniques. En fait, la plupart de ces migrants sont des "captifs" hurons, intégrés dans la société iroquoise, qui ont dû renoncer à leur identité d'origine parce que *"les populations vaincues militairement se dispersaient en allant vivre chez des alliés ou encore, en s'intégrant de gré ou de force aux*

⁹³ DELÂGE Denys, ibidem, p. 296.

⁹⁴ DELÂGE Denys, "Les Iroquois chrétiens des "réductions" (1667-1770). 1- Migration et rapports avec les Français", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21, n° 1-2, 1991, p. 59-69, p. 63. Pour l'origine – espagnole – et l'explication de terme "réductions", voir la note 99 ci-après.

⁹⁵ TRIGGER Bruce G., *Natives and Newcomers. Canada's "Heroic Age" Reconsidered*, Kingston et Montréal : McGill, Queen's University press, 1985, cité par DELÂGE Denys, ibidem, p. 63.

conquérants."⁹⁶ La migration des captifs reflète leurs différences parmi les Iroquois "natifs", "leur adhésion au catholicisme [est] une manière de se distinguer symboliquement de leurs maîtres."⁹⁷ Nous verrons que cette transformation de la société iroquoise et sa polarisation entre Iroquois de naissance, qui deviendront pour la plupart méthodistes, et captifs catholiques, sera utilisée comme l'un des leviers lors des conflits fonciers dans le courant du 19^e siècle.

Les Anglais et les Hollandais, également sur le terrain américain, ne procèdent pas de la même façon et n'ont pas recours aux réserves. *"Ceci illustre une fois de plus qu'il n'y a pas en Amérique du Nord un modèle unique de rencontre et d'affrontement entre "l'homme blanc" et "l'homme amérindien". Le rapport qui s'installe entre l'un et l'autre est fortement marqué par leurs antécédents, leur histoire et leurs caractéristiques réciproques. (...) Pourquoi les Français ont-ils recours à la réserve ? Marie de l'Incarnation indique qu'il s'agit de protéger les Amérindiens convertis de l'influence perverse de quelques Français : "Au reste, il en est des Sauvages comme des Français, il y en a de plus ou moins dévôts (sic) mais, parlant généralement, les sauvages le sont plus que les Français et c'est pour cela qu'on ne les mêle pas, et qu'on les met dans une bourgade séparée de peur qu'ils n'imitent les mœurs de quelques-uns." (...) Outre l'intensité de la pratique religieuse des convertis que vient confirmer ici Marie de l'Incarnation, ce qui frappe c'est la conception de l'Amérindien incapable de liberté, de l'Amérindien qu'il faut isoler et protéger. Si cette opinion de Marie de l'Incarnation illustre avec justesse la représentation dominante de la réserve, elle n'en occulte pas moins la réalité. La réserve protège qui ? Ne serait-ce pas la société européenne qui conjure la menace que constitue l'existence même de la civilisation amérindienne en l'enfermant et en la réduisant ?"*⁹⁸ De fait, les réserves installées dans les seigneuries, dès le début du régime français, ne sont pas adaptées aux modes de vie amérindiens, leur échec reflète l'existence de deux systèmes de représentations qui peinent à trouver des terrains d'entente.

⁹⁶ TRUDEL Pierre, "Les Mohawks ont-ils découvert Jacques Cartier ?", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21, n° 1-2, 1991, p. 53-57, p. 55. Notons que la pratique des captifs reflète un aspect juridique traditionnel que l'on retrouve chez la plupart des groupes amérindiens, à savoir "la tradition amérindienne de réparation (par le remplacement des morts) plutôt que la punition du coupable." DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, "La justice coloniale britannique et les Amérindiens au Québec. 1760-1820", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 32, 2002, n° 1-2, p. 63-80, p. 67. Le système était tel que les captifs pouvaient accéder à des positions très prestigieuses dans leur nouveau groupe selon le statut des personnes qu'ils étaient censés remplacer, cependant, par le jeu des conflits récurrents le nombre des captifs a fini par dépasser celui des natifs et causer des tensions sociales.

⁹⁷ DELÂGE Denys, "Les Iroquois chrétiens des "réductions"...", art. cit. note 94, p. 60.

⁹⁸ DELÂGE Denys, ibidem, p. 297 citant Marie de l'Incarnation, *Lettres historiques*, 26 Août 1837, p. 37.

2) L'échec de la seigneurie-réserve de Sillery

La seigneurie de Sillery, dans la banlieue de Québec, concédée aux Jésuites en 1651, est l'une des premières à avoir concédé des terres à des Amérindiens. Les Jésuites s'y établissent et installent deux familles d'Algonquins en 1635, pour travailler la terre et les convertir. C'est rapidement un échec, et ce, même quand les Jésuites implantent une seigneurie et donnent le statut de censitaires aux Algonquins, ceux-ci, semi-nomades, ne se consacrent pas aux travaux de la terre. *"Pendant la première partie du XVII^e siècle, les Jésuites français fraîchement débarqués essaient vraiment d'introduire un système de missions hautement disciplinées, délibérément modelées sur les reducciones⁹⁹ du Paraguay. A Sillery, ils rassemblent quelques Montagnais et Algonquins plus vulnérables, déjà affaiblis par la guerre et la famine, et ils tentent de tout régenter, des activités de chasse jusqu'aux relations conjugales (...).¹⁰⁰* Naturellement, le fonctionnement d'une seigneurie n'a d'intérêt que pour les populations coutumières des travaux agricoles, celles qui envisagent la Terre dans un rapport de fidélité à un territoire particulier. Pour les groupes nomades, comme le sont les Algonquins, l'attachement à la terre existe aussi, mais n'est pas de même nature, une nature intrinsèquement incompatible à l'habitation en réserve. Pourtant, le projet fut envisagé par les Jésuites de la ville de Québec, au prix d'un coût humain important parmi les populations indigènes, dans la réserve de Sillery. La réserve ne fut jamais adaptée aux modes de vie amérindiens, a fortiori, elle n'était absolument pas un cadre propice au nomadisme des Algonquins.

Persévérant dans leur logique d'acculturation, les religieux instaurent un régime moins sévère, censé être adapté plus harmonieusement au contexte canadien. *"En 1649, la "réserve" de Sillery ne compte plus aucun autochtone et les Jésuites manquent de fonds. En 1651, ils obtiennent, pour les autochtones, une étendue de terre de une lieue sur quatre sur les bords du Saint-Laurent, pour que ces derniers en jouissent sous "leur conduite et leur direction". Les autochtones reçoivent cette terre en franc-alleu, c'est-à-dire en pleine propriété sans être tenus à aucune redevance seigneuriale envers la Compagnie des Cent-Associés."¹⁰¹* Cependant, ils ne peuvent aliéner leurs terres sans le consentement des Jésuites à qui est confiée la direction du groupe. Les mauvaises relations qui sont apparues avec les autorités venaient d'ailleurs de la trop

⁹⁹ "Au 17^e siècle, plutôt que réserve, on utilise le mot réduction. Le vocable de l'époque est, on ne peut plus évocateur. Il s'agit de mettre l'autre en cage, de réduire son espace, de le diminuer, bref de le subjuguier. Cette offensive s'inspire des modèles sud-américains, de celui du Paraguay en particulier, où, écrit le père Paul LeJeune, "il y a plus de quarante ans que nos Pères travaillent pour les [les Amérindiens] réduire."" DELÂGE Denys, *ibidem*, p. 296.

¹⁰⁰ MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit. note 11, p. 246.

¹⁰¹ MORIN Michel, *ibidem*, p. 246.

grande indépendance des Jésuites dans la gestion des "affaires indiennes" et de leur manque de transparence. La concession de Sillery de 1651 est révoquée en 1697, mais le roi concède une autre seigneurie aux Jésuites. Cependant, les Amérindiens, les Hurons-Wendat, occupants de la concession, n'acceptent pas cette décision d'annulation, en raison d'un conflit de frontière avec un seigneur voisin. *"En 1660, faute d'Amérindiens, on cède les terres à des colons français. Les Jésuites ont cependant un peu plus de succès avec des Hurons, habitués qu'ils étaient à une vie sédentaire. Après s'être installés à l'île d'Orléans puis à Sillery, des Hurons se fixent définitivement dans la réserve de l'Ancienne-Lorette, sorte de camp de réfugiés."*¹⁰² Le bilan que l'on peut tirer de l'évolution de la vie dans la réserve n'est pas au bénéfice des Jésuites : *"During the 1650's the Indian village started to depopulate and, at the end of the decade, the Jesuits began leasing the land to French farmers. According to James Ronda : "The Sillery experiment failed not simply because of war, disease, and lack of funds but because it demanded cultural suicide."*¹⁰³ La question juridique se pose donc en des termes différents pour les groupes d'Amérindiens sédentarisés, qui, placés en réserve, sont instrumentalisés dans les conflits inter-Européens.

Différents groupes étaient présents dans les localités investies par les Français, nomades ou sédentaires, parfois en conflit notamment comme les Algonquins et les Iroquois. La question prenait une dimension particulière parce qu'étaient impliquées des entités auxquelles n'était pas reconnue la nature d'État. Juridiquement, il a fallu qualifier le mécanisme pour le justifier. Nous avons évoqué l'argumentaire ambigu au 15^e siècle de Vitoria pour la prise de terre du Nouveau Monde et l'attitude vis-à-vis des Amérindiens, argumentaire largement repris à l'époque de la Nouvelle-France. Examinons comment la prise de terre a été justifiée et développée au Sénégal et comment ont été vécues et interprétées les représentations de l'espace des populations sénégalaises par les autorités colonisatrices.

¹⁰² DELÂGE Denys, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique*, op. cit. note 92, p. 296.

¹⁰³ GRABOWSKI Jan, *The common ground settled natives and French in Montréal 1667-1760*, op. cit. note 91, p. 47. Notre traduction : "A partir de 1650, le village indien a commencé à se dépeupler et, à la fin de la décennie, les Jésuites ont commencé à louer la terre aux fermiers français. Selon James Ronda : "l'expérience de Sillery a échoué non pas uniquement à cause de la guerre, des épidémies et du manque de moyens mais parce qu'elle programait un suicide culturel."

§ 2 : Rencontre de deux systèmes de représentations de l'espace au Sénégal

Avant d'examiner comment les interprétations du droit ont pu faire l'objet de tant d'incompréhension, il nous a semblé important de resituer la nature des mentalités en présence. Dans cette démarche, l'hypothèse consiste à présenter les deux parties en présence, habitants du futur État Sénégal et colons français comme étant toutes les deux "Autres" et complexes. "Autre" parce que pour un observateur d'aujourd'hui, il y a autant d'interrogations sur la façon de penser des habitants du "Sénégal" au 17^e siècle que sur celle des administrateurs coloniaux à la même époque. Complexe, car dans les deux situations, les groupes ne sont nullement homogènes : Wolof, Peul, Serer, etc., d'un côté, et, administrateurs, auteurs de la doctrine, juges, etc., de l'autre, ont des visions différentes du monde et de la façon de procéder, parfois même contradictoires à l'intérieur d'un même groupe.

Nous avons constaté plus haut que les pratiques spatiales sont imprégnées de spiritualité. Les croyances religieuses sont, avec le cadre de vie, un facteur d'influence des représentations spatiales du Sénégal que l'on a pu illustrer. L'ébauche des représentations spatiales permet d'appréhender le régime foncier et domanial en ayant une idée générale des conceptions relatives à l'espace. La façon d'aborder l'espace dans le nouveau territoire et en particulier dans le comptoir de Saint-Louis exige d'orienter en conséquence la façon d'aborder le régime juridique, ses interprétations et ses applications. En l'occurrence, ces représentations spatiales ont nécessairement une influence sur le régime foncier et domanial. A ce propos, notons que l'expression "droit foncier" n'est pas suffisante car elle ne rend pas compte de tous les aspects qui existent entre les hommes et l'espace. L'expression "relations foncières", plus englobante, permet d'élargir l'angle de vue : aux logiques du système occidental, imposées puis empruntées, se combinent celles des habitants du Sénégal. Les premiers contacts sont imprégnés des manières d'habiter l'espace. Dans la ville de Saint-Louis, nous verrons en quoi la différence des représentations spatiales en présence explique que les politiques foncières françaises aient rencontré des difficultés d'application, tant du point de vue de l'octroi de concessions que sur l'application des règles de la domanialité (A). A une échelle spatiale plus grande, la maîtrise du sol sénégalais par l'État français a été une autre importante bataille, sur le terrain judiciaire cette fois, entre les prérogatives que s'adjugeait l'État et les droits traditionnels jusque-là détenus par les royaumes du Kayoor et du Waalo (B).

A : La rencontre de deux cultures juridiques de l'espace

Il existe un corps de règles juridiques visant à organiser la vie sociale des différentes collectivités du Sénégal. Ce droit, parce qu'il ne répond pas aux canons des juristes occidentaux, parce qu'il est oral et fonctionne selon une autre logique, n'a pas été reconnu comme tel, et pourtant... Le caractère binaire du droit émanant des pratiques garde sa pertinence dans le cadre de l'État sénégalais contemporain puisque le "droit populaire" – qu'on l'appelle "droit des pratiques" ou "droit spontané" – existe parallèlement aux normes écrites étatiques ; nous décrirons la permanence de la coexistence d'une pluralité de systèmes, de mécanismes et de représentations juridiques, hier et aujourd'hui, au Sénégal, dans les quartiers de Saint-Louis. Le droit de la terre s'inscrit dans l'espace urbain où s'ajoutent des logiques qui ont partie liée à la représentation de la ville, du tracé de ses rues, de l'apparence de ses habitations. Sur ces différentes questions, même si l'espace s'est métissé (1), les habitants et colons n'ont pas toujours défendu les mêmes points de vue, notamment comme ce fut le cas à Guet Ndar (2). C'est ce dont nous voudrions faire état pour illustrer que la rencontre et souvent la confrontation des représentations se sont produites dans tous les domaines sociaux et ont eu des conséquences sur l'interprétation et l'application des techniques juridiques importées (3).

1) Métissage des espaces dans la ville de Saint-Louis

Au début de l'installation, le comptoir ne fait pas l'objet de politique urbaine et foncière. Les premières réglementations instaurées au 19^e siècle sont devenues nécessaires selon *"les représentants de l'autorité royale qui associent le désordre des mœurs des habitants et l'absence d'autorité centrale avec le manque de régularité spatiale. (...) Les autorités [qui] visent à contrôler les activités économiques des comptoirs qui leur échappent alors totalement, cherchent à maîtriser l'occupation foncière et établissent des plans de lotissements."*¹⁰⁴ En 1828, un premier plan de la ville est tracé. Il constitue une *"tentative de rationaliser l'espace urbain existant selon un ordre géométrique. En outre, par de telles mesures les autorités tentent de définir un espace public et les emprises foncières des citoyens."*¹⁰⁵ D'autres plans de lotissement et d'extension se succéderont pour faire face à l'accroissement de la population de Saint-Louis qui compte sept mille habitants en 1820. Ces plans nécessitent une connaissance des différentes emprises et droits, ainsi la politique d'urbanisation et celle d'introduction de la propriété vont-elles de pair.

¹⁰⁴ POINSOT Jacqueline, SINOUE Alain et STERNADEL Jaroslav, *Les villes d'Afrique noire entre 1650 et 1960*, Paris : Orstom/ACA, 1989, 346p, p. 21.

¹⁰⁵ POINSOT Jacqueline, SINOUE Alain, STERNADEL Jaroslav, *ibidem*, p. 25.

Les données urbanistiques sont modifiées à l'arrivée de nouveaux habitants à Saint-Louis. En effet, après l'interdiction de la traite des Noirs, des esclaves libérés arrivent à Saint-Louis où ils sont installés dans de nouveaux villages, créés par les autorités. Ainsi, en 1837, est créé le village de Saint-Philippe sur le continent, à Sor. Puis, dans la même zone, celui de Bouët-Ville, en 1852, pour accueillir les esclaves bambaras. La présence de ces nouveaux arrivants dans la ville est d'autant plus intéressante qu'elle a des répercussions sur la manière d'aménager l'espace urbain. D'abord, du point de vue de leur activité, leur rassemblement n'est pas seulement philanthropique puisqu'ils sont utilisés pour les activités agricoles de la colonie¹⁰⁶. Du point de vue de l'aménagement du site, les autorités sont amenées à réglementer l'occupation du sol sur lequel la pression s'accroît rapidement, en organisant la cession des parcelles à partir de 1854 : *"toute surface demandée était accordée gratuitement à condition que le bénéficiaire l'entoure d'une clôture. (...) Submergée de demandes d'attribution de parcelles, l'administration en vint à supprimer la gratuité et à décider leur vente aux enchères. Un plan d'agrandissement de Bouët-Ville est élaboré en 1864 et le quartier va se développer, non seulement comme centre de jardinage, mais comme relais, point de rupture de charge entre l'île et le continent"*¹⁰⁷ En 1870, la ville est peuplée de quinze mille habitants et la distribution de l'espace permet un métissage des populations. Depuis le début de la période du comptoir, les échanges entre populations et la cohabitation des communautés existent et aboutissent parfois à *"des mariages à la mode du pays"*¹⁰⁸ ; ces unions, pour un temps limité, celui de la présence de l'homme européen dans le comptoir, ont pour conséquence non seulement le métissage de la société de Saint-Louis, mais également le métissage de l'espace. Ce qui nécessairement a des incidences sur les représentations, qu'elles soient relatives à l'espace, mais aussi au droit applicable. La morphologie urbaine qui en résulte à la fin du 19^e siècle se traduit par la coexistence dans les mêmes quartiers des Européens, des populations sénégalaises et des Métis. Néanmoins, il existe aussi dans la ville des quartiers qui restent complètement sénégalais, comme ceux de la Langue

¹⁰⁶ BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 58, p. 70. L'auteur explique d'ailleurs que cette activité restera celle des descendants de ces esclaves qui sont toujours jardiniers professionnels à l'est de Saint-Louis, à Khor.

¹⁰⁷ BONNARDEL Régine, *ibidem*, p. 103.

¹⁰⁸ BONNARDEL Régine, *ibidem*, p. 42 et ss. A la fin du 17^e siècle, en 1770, *"le directeur de la Compagnie constate que dans beaucoup de cas, la cohabitation a pris valeur de mariage."* Ces unions entre les Européens et les habitantes sont également évoquées par l'abbé Boilat dans ses *Esquisses sénégalaises*, il les décrit comme *"étant des unions libres ou temporaires"*, mais ne les considère pas comme des *"mariages légitimes"*. BOILAT David (Abbé), *Esquisses sénégalaises*, op. cit. note 51, p. 209.

de Barbarie, Ndar Tutt et surtout Guet Ndar où la séparation entre les communautés se maintient et reste visible dans l'organisation urbaine¹⁰⁹.

2) Confrontation des représentations à Guet Ndar

En raison de son origine, des croyances et des représentations relatives à l'espace qui s'y manifestent, le site de Guet Ndar à Saint-Louis est riche d'enseignements pour mieux comprendre les modalités d'application des droits attachés au sol et pour rendre compte des différentes interprétations de l'espace et du droit. Après avoir rappelé les données socio-historiques de l'occupation, une étude de la situation juridique du sol et de l'attitude des habitants de ce quartier permettra d'envisager les différentes réponses qui furent données. L'occupation de Guet Ndar par un groupe sociologiquement homogène, donc soudé, est antérieure à la création de la colonie et du comptoir de Saint-Louis à partir du 17^e siècle¹¹⁰. Cette occupation mérite l'attention car la réalité et la netteté de sa stabilité ne correspondent absolument pas à la précarité et à l'imprécision du statut juridique du quartier.

Vers 1830, Guet Ndar compte un millier d'habitants. Après la création, en 1849, "*d'un village de liberté*" sur la Langue de Barbarie, pour accueillir les esclaves libérés, "*les autorités intègrent administrativement le village de Guet Ndar dans la ville [mais] sans chercher à modifier son organisation spatiale et sociale. (...) Les habitants du village de pêcheurs ne tentent pas de s'installer sur l'île ; au contraire, ils s'agglomèrent sur cette portion de terre en communication directe avec la mer, leur lieu de travail. Cet isolement spatial et social ne gêne pas alors les autorités.*"¹¹¹ Pendant la colonie, Guet Ndar jouit d'un statut particulier. Alain Sinou l'attribue à l'existence "*d'un ancien traité conclu avec une chefferie maure qui contrôlait la Langue de Barbarie.*" En effet, le village appartient à la France et son chef, "*l'Alkâti*", est nommé par le gouverneur du Sénégal¹¹². Le statut du site est renforcé par "*l'homogénéité sociale et économique des habitants qui leur assure un certain pouvoir face aux autorités*"¹¹³ car les pêcheurs leur procurent une importante aide alimentaire en produits de la mer. Le statut des habitants a donc également des répercussions sur l'application des réglementations d'urbanisme édictées par les

¹⁰⁹ Voir la localisation de ces sites dans les plans de Saint-Louis en Annexe IV.

¹¹⁰ Abdoulaye Sene, dans sa thèse consacrée aux pêcheurs de Guet Ndar, fait remonter la fondation du village au 10^e siècle, "*période des grands déplacements incessants, de bouleversements de la société traditionnelle sénégalaise*". SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales dans la pêche maritime piroguère*, op. cit. note 48, p. 80. Voir le récit du mythe fondateur du site Annexe XIV.

¹¹¹ SINOUE Alain, *Comptoirs et villes coloniales du Sénégal, Saint-Louis, Gorée, Dakar*, Paris : Karthala, 1993, 348p, p. 286.

¹¹² BOILAT David (Abbé), *Esquisses sénégalaises*, op. cit. note 51, p. 192.

¹¹³ SINOUE Alain, *Comptoirs et villes coloniales du Sénégal*, op. cit. note 111, p. 286.

autorités qui ne correspondent pas aux modes d'habiter des Guet Ndariens : les différents projets de lotissement ne sont pas appliqués et les politiques d'amélioration de l'habitat, "*la bataille de la paillote*"¹¹⁴ de 1855 par exemple, ne concernent pas le quartier.

La configuration et l'aspect du village conduisent cependant les autorités à mener des tentatives d'aménagement du site, à partir de 1905. Les différences de représentation de l'espace se nouent avec celles relatives aux manières d'habiter l'espace urbain. Le village de Guet Ndar se localise sur un cordon de terre. Le site, "*entre le petit bras du fleuve et l'océan, ne dépasse pas une largeur de 200 mètres. (...) Les habitants par réflexe et par nécessité ont remblayé les berges du fleuve pour construire des maisons.*"¹¹⁵ Du côté de l'océan, outre la destruction des habitations quand la mer est forte, les courants marins réduisent de beaucoup la largeur de la Langue de Barbarie. Cette diminution de l'espace disponible et constructible a pour conséquence de densifier l'habitat, ce qui accélère la propagation des incendies, nombreux dans le village. A ces deux maux, le feu et l'eau, s'ajoute la volonté des autorités de "*supprimer un mode d'occupation de l'espace, le village indigène, qui ne cadre pas avec le projet urbain colonial et qui occulte le spectacle de la cité modèle que l'administration aimerait construire sur l'île.*"¹¹⁶ Élaborer un lotissement, favoriser la construction de maisons en "dur" pouvait remédier à cette soi-disant "mauvaise image". Or, traiter les habitants de Guet Ndar et de Ndar sur un exact pied d'égalité, c'était remettre en cause l'idéologie coloniale basée sur la différenciation et l'inégalité. Cette logique est parfois dissimulée dans les textes juridiques dans la mesure où les droits sont présentés comme accessibles à tous ; sauf que les manières d'habiter et de se représenter l'espace

¹¹⁴ Dans son étude sur Guet Ndar, Camille Camara décrit les paillotes comme étant des "*cases végétales entourées de tapade*", type d'habitat observé dans le quartier jusque dans les années 1960. CAMARA Camille, *Saint-Louis du Sénégal. Évolution d'une ville en milieu africain*, Dakar : IFAN, coll. Initiations et études africaines, n° XXIV, 1968, p. 16. Quant au terme tapade, il est dérivé du portugais "*tapar* : fermer" et désigne "*la clôture d'arbres et d'arbustes, renforcée par une palissade de bois*" qui permet de fermer la concession individuelle. LAUGA-SALLENAVE Carole, "Le clos et l'ouvert. Terre et territoire au Fouta-Djalon (Guinée)", BONNEMAISON Joël, CAMBREZY Luc, QUINTY-BOURGEOIS Laurence (dir.), *Les territoires de l'identité. Le territoire, lien ou frontière ?*, t. 1, L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1999, 315p, p. 43-55, p. 44.

¹¹⁵ SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales dans la pêche maritime piroguère*, op. cit. note 48, p. 499. On peut se demander pourquoi les habitants de Guet Ndar ne se sont pas installés sur l'île du Ndar, plus stable au regard de la morphologie du cordon littoral. Plusieurs hypothèses sont envisageables, l'une d'elles concernant la nature du site : la Langue de Barbarie qui abrite le village de Guet Ndar est un "*site bien protégé dont la défense est relativement facile à assurer grâce aux chenaux que la mer ouvre sur la côte pour donner des lambeaux de terres entourés d'eau.*" SENE Abdoulaye, *ibidem*, p. 75. Cet élément a son importance lors de l'installation d'un groupe humain qui recherche sa sécurité. Cependant, une hypothèse complémentaire, liée aux croyances liées à l'espace peut être apportée : "*Pour des raisons relevant d'une superstition obscure, l'on sait que les populations du delta du fleuve Sénégal avaient grandement peur des îles de la zone. Elles croyaient que l'on ne vieillissait jamais dans ces îles, qu'on y mourait toujours jeune, (...) que ceux qui habitaient les îles étaient maudits. A cause de ces croyances donc, l'île a pu être inhabitée, peut-être, à l'époque où les Français s'y fixaient.*" DIOP Abdoulaye Sokhna, "La fondation de Saint-Louis du Sénégal", art. cit. note 47, p. 327.

¹¹⁶ POINSOT Jacqueline, SINOUE Alain, STERNADEL Jaroslav, *Les villes d'Afrique noire entre 1650 et 1960*, op. cit. note 104, p. 27.

des populations sénégalaises ne sont pas considérées comme égales à celles des colons puisque leur transformation vers les conceptions occidentales est visée. La politique urbaine prévue pour Guet Ndar paraît contradictoire, parce qu'elle tente de concilier des objectifs difficilement conciliables.

Les autorités commencent à prendre des mesures d'aménagement sur le site, au début du 20^e siècle, pour marquer la fin de leur tolérance à un agencement de l'espace "autre". Notons que ce tournant coïncide avec le début des tentatives d'immatriculation des terrains et la logique d'introduction de la propriété dans la colonie. Ces politiques se traduisent par le tracé des différents plans de lotissement. Cependant, simultanément à ces opérations d'aménagement que l'on pourrait penser durables, *"les occupants ne peuvent édifier que des paillotes, afin de faciliter une opération de déguerpissement si nécessaire."*¹¹⁷ Cette politique menée pendant la période coloniale est la manifestation de représentations relatives à l'espace et à la ville. Elle reflète le modèle urbain développé à la fin du 19^e siècle en Europe. A Saint-Louis, sa mise en œuvre est confrontée à une façon d'organiser l'espace qui semble différente et qui rendrait sa réalisation improbable.

Les différentes actions n'ont pas eu les résultats escomptés par leurs initiateurs en raison de la résistance des Guet Ndariens qui manifestent par là l'existence de plusieurs modalités pour organiser le sol urbain. Par exemple, devant les protestations contre le projet de lotissement de 1920, qui implique un déguerpissement, les mesures ne sont pas appliquées. Les habitants font valoir, auprès de l'administration, l'ancienneté de leur occupation, leur conférant des droits fonciers qui ne sauraient être remis en cause à l'occasion de ce type d'opération. Tout comme les mesures relevant de l'ordre juridique, celles s'appliquant à celui de l'urbanisme rencontrent l'opposition des populations. Ces obstacles résultent de l'incompréhension de l'un et l'autre des deux groupes et de l'absence de dialogue sur leur façon respective d'envisager l'occupation de l'espace. A la veille de l'indépendance, on peut retenir que les mesures incitatives pour harmoniser l'aspect de l'habitat et améliorer les conditions de logement à Guet Ndar n'ont pas atteint les objectifs escomptés par les politiques coloniales. Sur le plan domanial et foncier, la

¹¹⁷ SINOUE Alain, *Comptoirs et villes coloniales du Sénégal*, op. cit. note 111, p. 292. Le déguerpissement désigne *"l'abandon forcé d'un terrain du domaine de l'État par son occupant. En principe, puisque l'occupant ne dispose pas de titre de propriété, il ne peut prétendre à une indemnité. Il s'agit d'une procédure étatique fréquemment mise en œuvre en Afrique, impliquant que l'État décide sans explication de faire bénéficier ou non les usagers du "privilège" d'occuper ou non son domaine. C'est une procédure tout à fait opposée à l'expropriation."* CUBRILO Mihaela et GOISLARD Catherine, *Bibliographie et lexique du foncier en Afrique noire*, Paris : Karthala/Coopération française, coll. Économie et développement, 1998, 415p, p. 304.

combinaison des contradictions des politiques menées et la conviction des habitants d'être dans leur bon droit ont favorisé l'émergence d'une situation juridique imprécise. Conditions réunies qui, si elles ont imposé une politique d'aménagement du site, n'en ont pas facilité sa mise en œuvre.

3) Droit de concession et domanialité publique : difficultés d'application et d'interprétation

L'arrêté foncier de Faidherbe du 11 mars 1865 est présenté de prime abord comme une avancée pour la reconnaissance des droits traditionnels et leur transformation en "*titre régulier de propriété*". Dans l'esprit de son initiateur, sûrement de bonne foi, permettre aux occupants du domaine privé d'accéder à un titre reconnu par l'administration ne pouvait être considéré que comme une réforme positive. Cependant, ce sont l'application du texte et les pratiques qui révèlent le sens profond de ce texte. Les occupants, pour le rester légalement aux yeux de l'administration, devaient réclamer un titre officiel et pour cela, attester de la preuve de leurs droits. C'est justement l'exigence de cette preuve qui posait des difficultés. La demander revenait finalement à ne pas reconnaître les droits traditionnels dans leur originalité intrinsèque, au même titre que les droits issus de la tradition civiliste. De plus, cette procédure était de type volontaire et initiée à la demande des occupants. Ceux-ci, sûrs de leurs droits qui étaient reconnus traditionnellement au sein du groupe, ne ressentaient pas le besoin de faire cette demande. L'administration, dans sa propre logique, interprétait ce silence comme le fait que les occupants reconnaissaient n'avoir pas de droits sur les terres où ils étaient installés et qu'elles étaient donc sous la souveraineté de l'État. Cette situation d'incompréhension révélait, si l'on peut dire, du quiproquo interculturel. Cette confusion relayée par les décisions de la jurisprudence¹¹⁸ a abouti à de véritables spoliations où ceux qui voyaient leur terrain intégré dans le domaine privé de l'État avaient peu de moyens de faire reconnaître leurs droits, tant les perceptions étaient différentes et incompatibles.

Dans cette procédure, l'administration était l'acteur juridique essentiel des décisions desquelles dépendaient les populations et qui donnait à l'introduction de la propriété un caractère autoritaire, incompatible avec la liberté à laquelle est associée cette notion. Le procédé utilisé par l'État est celui de la concession sur son domaine privé, "*acte administratif par lequel une personne se voit*

¹¹⁸ CA Bordeaux, 25 juin 1903, Recueil Dareste, 1904, p. 159. L'arrêt considère qu'en l'absence de demande de titre régulier de concession par Rawane Boye, qui se déclare propriétaire d'un terrain sur le tracé de la voie ferrée Dakar-Saint-Louis, il n'a pas rempli les conditions fixées par l'arrêté de 1865, sur ces motifs, son terrain était entré dans le domaine de l'État. Cité par DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, 2001, document polycopié de l'UMR "Dynamiques du droit", 1220p, p. 1018.

attribuer sur une terre un droit de mise en valeur précaire, susceptible de se muer en droit de propriété dans des conditions fixées par le concédant."¹¹⁹ Le but de la concession était de favoriser, au terme du processus, le développement de la propriété, c'est pourquoi la notion clé du régime de la concession était la mise en valeur du terrain concédé. Les actes de concession sur le domaine privé de l'État prévoyaient une attribution provisoire qui pouvait être transformée en attribution définitive si les conditions de mise en valeur étaient réunies¹²⁰. Si l'administration estimait qu'elles ne l'étaient pas, la parcelle pouvait être réintégrée dans le domaine privé de l'État. A partir de 1906, parallèlement à la procédure de la concession qui reste en place, est ajoutée une autre manière d'envisager la gestion des biens immobiliers. Le système de l'immatriculation d'inspiration anglo-saxonne donne une nouvelle tonalité à la propriété, sans toutefois connaître le véritable succès escompté par les autorités qui le mettent en place. Nouvel échec, révélateur de l'incompréhension qui persiste vis-à-vis des droits traditionnels, notamment quand ils sont présents sur les domaines de l'État.

Les principes du domaine public de l'État en vigueur en métropole ont été reproduits dans les nouveaux territoires. Domaine public et domaine privé sont distingués, le domaine éminent est invoqué pour constituer, puis protéger, le territoire relevant de la souveraineté de l'État. Cependant, étant donnée la situation des terres avant l'arrivée des colons, ces espaces étaient souvent des terrains déjà occupés traditionnellement. De ce fait, la distinction entre droit privé et droit public a une importance plus grande qu'en métropole, dans la mesure où sur le sol de la colonie, différents droits sont imbriqués sur les mêmes espaces. Ainsi, il est nécessaire, pour comprendre les questions posées par l'occupation du sol dans la colonie, de considérer à la fois les domaines publics et privés, intérêts collectifs et particuliers. Il convient de rappeler les principes relatifs au régime des domaines privé et public de l'État pour comprendre les difficultés d'interprétation spécifiques à la colonie qui ont fait émerger la discussion juridique sur la notion de "terres vacantes et sans maître".

A propos du domaine public, les pas géométriques, situés en bordure de l'océan et des rivières, connus aussi sous l'Ancien Régime sous le nom de "pas du roi", dont la vocation est d'ordre

¹¹⁹ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 55, p. II-37.

¹²⁰ La mise en valeur, fixée par le cahier des charges joint à l'acte de concession, n'a pas la même implication en zones rurales et urbaines : dans les villes, la mise en valeur consiste à payer le prix et à bâtir ; en revanche, dans les zones rurales, la distinction entre concession provisoire et définitive était accentuée, permettant à l'administration de conserver son contrôle sur les terres tant qu'elle estimait que l'obligation de mise en valeur n'avait pas été remplie.

militaire, ont soulevé des débats quant aux occupations antérieures au décret de 1900¹²¹ qui définissait et régissait le contenu et le régime des pas géométriques. La question posée aux administrateurs, aux juges et à la doctrine, était simple : quel devait être le sort réservé aux droits des premiers habitants de ces zones, devenues, par un décret, indisponibles, ou disponibles mais seulement à titre précaire en raison de l'indisponibilité et l'inaliénabilité du domaine public ? Plusieurs solutions étaient envisageables : la reconnaissance de ces droits, acquis sans condition, comme en Guyane ou leur suppression en échange d'une indemnité ; ce fut un compromis entre ces deux voies que favorisa le décret de 1900 au Sénégal et dans l'ensemble de l'AOF. L'indemnité était due si les "dépossédés" l'étaient en raison de l'intérêt public et si, condition cumulative, les occupants détenaient un titre régulier antérieur à la date de promulgation du décret, ce qui était rarement le cas ; par conséquent, les populations dépossédées devaient le plus souvent quitter les lieux, et cela sans indemnité.

Ce premier élément d'ordre réglementaire n'est pas suffisant pour juger de la réalité des pratiques et de leurs conséquences. Pour se plonger dans l'esprit de l'époque, n'oublions pas qu'en dépit d'un certain consensus sur le fait colonial, les différents acteurs juridiques ne parlaient pas toujours d'une même voix et proposaient des interprétations juridiques différentes selon la représentation qu'il se faisait du droit d'usage à accorder aux occupants de ces terrains au regard de l'application du droit français. Les pas géométriques en sont une première illustration. La jurisprudence en fit une lecture très restrictive pour les occupants, ne considérant pas la condition relative à l'intérêt public et supprimant les droits d'usage acquis traditionnellement sur ces terres¹²². Cette position était très critiquée par la doctrine et ne fut pas toujours suivie par l'administration. Régulièrement, en raison de la mauvaise rédaction des textes, mais aussi des nombreuses hésitations et improvisations, les gouverneurs furent amenés à préciser et interpréter le sens qu'il fallait donner aux lois et décrets. Sur cette question, la circulaire du 19 février 1917 estimait *"que le décret [de 1900] exprimait le souci de respecter les situations acquises par les particuliers et que l'État devait tout mettre en œuvre pour provoquer le déclassement des parcelles occupées sans titre et sans utilité aux services publics."* Ce premier exemple d'opposition entre la doctrine et la pratique de l'administration pose déjà de nombreuses questions d'interprétation. Si la circulaire paraît plus favorable aux droits des premiers occupants, il n'en reste pas moins vrai que l'objectif est de mettre en place la conception occidentale de la

¹²¹ Décret du 20 juillet 1900 relatif au Domaine public du Sénégal et dépendances, étendu à l'AOF par décret du 23 octobre 1904 portant organisation du domaine, unifiés par le décret du 28-29 septembre 1926 sur le domaine public.

¹²² DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, op. cit. note 118, p. 1008.

propriété, symbolisée par la détention d'un titre. Or, permettre l'accession à un titre n'est pas une réelle avancée dans le sens de l'acception des représentations spatiales de l'Autre à qui il n'est finalement pas reconnu d'occuper le sol avec ses propres conceptions, dont les droits ne sont pas identifiés comme pleins et entiers s'ils ne rentrent pas dans les cadres mentaux de la logique colonisatrice. Cette rigidité des pratiques est encore plus apparente dans l'épineuse question de ce qu'on a appelé les "terres vacantes et sans maître" qui mettent en jeu non seulement la notion de souveraineté mais aussi celle des "droits collectifs".

B : Les droits traditionnels interprétés au regard de la théorie domaniale

Avant de s'interroger sur les procédures d'introduction de la propriété, la question du respect ou non des droits traditionnels doit être envisagée. Ceux-ci sont remis en question par la politique domaniale de l'État pour étendre les domaines publics et privés. La théorie des "terres vacantes et sans maître" est contenue dans le décret domanial du 23 octobre 1904 qui s'applique à l'ensemble de l'AOF. Ce texte dispose que les terres dites "vacantes et sans maître" appartiennent au domaine, souvent sans tenir compte des pratiques de jachères qui traduisent les représentations spécifiques liées au travail de la terre ; ces terres se présentent comme apparemment "vacantes et sans maître", mais sont pourtant occupées ; leur non-utilisation est temporaire et peut être justifiée par des rituels liés aux ancêtres ou un temps de repos pour permettre aux terrains de se reminéraliser et être ensuite plus fertiles. Qualifier ces terres de "vacantes et sans maître" à grande échelle peut accroître de manière conséquente la superficie du domaine privé de l'État. La théorie qui fut ensuite, effectivement largement appliquée, repose sur les textes du Code civil¹²³.

La situation est liée à l'état d'esprit dans lequel ont été signés les différents traités avec les chefs des royaumes – avec le Waalo en 1819 et avec le Kajoor en 1861. Nous avons vu que l'État français a considéré que ces accords, en vertu de son propre droit, le faisaient propriétaire du sol ainsi acquis et bénéficiaire de la souveraineté des anciens souverains sur le domaine éminent. Une des conséquences principales est la situation des occupants du sol : l'État subrogé ne leur permet qu'un droit d'occupation précaire, en vertu du droit métropolitain. Cette question a, elle aussi, été l'objet de nombreuses discussions entre les différents acteurs juridiques en charge des affaires de la colonie. Il s'agissait d'établir un équilibre entre les prétentions de l'État et les droits collectifs préexistants sur ces terres. Au Sénégal, et en Afrique d'une manière générale, la théorie

¹²³ Art. 539 du Code civil : "*Tous les biens vacants et sans maître... appartiennent au Domaine public*" et art. 713 : "*Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État*".

domaniale a été appuyée par la jurisprudence et l'administration. Dans les premières années du 20^e siècle, plusieurs arrêts affirment la souveraineté de la France, sur les sols cédés par le Damel du Kajoor. Cependant, ce transfert de souveraineté est en contradiction avec le caractère sacré de la terre dont nous examinerons les conséquences juridiques (1). Le traitement de ce caractère sacré est au cœur de notre questionnement sur les représentations juridiques, c'est pourquoi il est important d'examiner comment ont été interprétés ces droits traditionnels. Il ne s'agit pas dans notre propos de faire des équivalences avec les catégories juridiques existant dans le corpus à disposition des autorités coloniales, mais plutôt de restituer les raisonnements des différents professionnels du droit de l'époque qui ont dû répondre à cette question (2).

1) Conséquences juridiques des droits traditionnels : inaliénabilité et droits collectifs

La conception sacralisée de la Terre que nous avons évoquée a, en effet, des incidences sur les modalités d'occupation et de gestion. Une conséquence de la sacralité est le caractère inaliénable de la terre¹²⁴. Or, le caractère d'inaliénabilité n'est pas absolu ; cela peut s'expliquer par la distinction qu'il faudrait établir entre *"la Terre sacrée et ses apparences matérielles, les terres, objet de droit. L'idée omniprésente du double retenue par les religions traditionnelles (...) peut permettre de bien comprendre la nécessaire distinction entre les apparences matérielles, en elles-mêmes de peu d'importance et la vérité profonde des choses qui elle est abstraite. Ainsi, y-a-t-il Terre et terres."*¹²⁵ Dans le même sens, Raymond Verdier préfère au terme inaliénabilité celui *"d'exo-intransmissibilité"* qui décrit plus précisément, selon lui, la situation : il existe une possibilité de circulation de la terre. Celle-ci n'est pas interdite à l'intérieur du groupe, et peut se faire par héritage ou à titre gratuit. En revanche, *"à l'extérieur du groupe, s'applique le principe d'exo-intransmissibilité : on peut prêter ou louer la terre à des étrangers au lignage, mais non la céder à titre définitif."*¹²⁶ D'ailleurs, pour continuer de montrer que la notion juridique d'inaliénabilité n'est pas réellement adaptée au contexte sénégalais, il est possible de se référer à la logique interne de cette notion : en effet, Alain Rochegude précise que dans les conceptions civilistes, elle *"vise à empêcher le changement de titulaire d'un bien ou d'un droit. Elle est donc une démarche négative. A l'inverse, le droit coutumier nous paraît avoir un but positif. Le groupe familial ou villageois ne dit pas "nous n'avons pas le droit" mais plutôt "il faut garder la*

¹²⁴ La relation logique entre sacralité de la terre et son inaliénabilité est si l'on peut dire un classique de la littérature africaniste, par exemple, *"L'inaliénabilité de la terre est un principe absolu"*, KOUASSIGAN Guy-Adjété, *L'homme et la terre, contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris : Berger Levrault, 1966, 284p, p. 89.

¹²⁵ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 55, p. I-100.

¹²⁶ ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, op. cit. note 57, p. 256.

terre des ancêtres pour nos descendants"¹²⁷. L'auteur poursuit pour conclure que "le lien est devenu personnel entre les hommes et leurs terres, et il ne s'agit plus d'un droit réel susceptible d'autonomie. Une preuve en est que de manière générale, à l'intérieur du groupe tous les actes juridiques sont possibles." Ce sont ces représentations de la terre et leurs implications qui ont pu rentrer en contradiction avec les principes qui régissent le droit de propriété de tradition civiliste.

La reconnaissance des droits traditionnels sur les terres par les institutions juridiques de la période coloniale était entravée par la continuelle recherche de similitude avec les conceptions occidentales du droit de propriété et ses trois caractéristiques – usus, fructus, abusus. L'une des pierres d'achoppement pour reconnaître les droits traditionnels comme pouvant constituer un droit de propriété concernait l'abusus. Ce "droit de disposer" apparut incompatible avec le principe d'inaliénabilité. *"C'est partant de là que la majorité des auteurs ont estimé que le droit de propriété n'existait pas [dans le droit traditionnel], faute de l'absolutisme lié à la notion d'abusus. Nous ne les suivons pas sur ce point, car comme Kouassigan, nous pensons qu'il ne faut pas accorder une importance aussi systématique à l'abusus : "(...) Dès lors que l'abusus manque, on se trouve en face de tout autre chose qu'un véritable droit de propriété. C'est là une manière trop systématique de présenter le droit de propriété et une interprétation bien trop large de l'abusus... l'abusus implique seulement que l'on donne à sa chose une affectation définitive, qu'on en fait un usage définitif non susceptible de se répéter." Il y a eu à ce propos une confusion entre la notion d'abusus et celle d'inaliénabilité. Car si l'abusus doit être présent comme attribut de la propriété, il n'en existe pas moins des droits de propriété assortis de clause d'inaliénabilité, même en matière foncière.*"¹²⁸ Le caractère inaliénable doit donc être considéré avec prudence, de la même façon que la notion des droits collectifs qui parfois offre une vision rigide de la réalité des pratiques juridiques.

Ainsi, sur la relation entre la terre et les droits collectifs, Guy-Adjété Kouassigan soulève le malentendu qui a pu naître pendant la colonisation à propos du lien entre les terres et les groupes humains : *"[tenant] compte de tous les réseaux qu'il implique, nous dirons que le statut de la terre, selon les coutumes ouest-africaines, comprend le fait de la propriété, mais ne se présente pas comme un droit de propriétaire. C'est une souveraineté et non un véritable droit de propriété*

¹²⁷ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 55, p. I-102.

¹²⁸ ROCHEGUDE Alain, *ibidem*, p. I-120.

que les diverses collectivités exercent sur leurs terres."¹²⁹ La reconnaissance juridique de droits collectifs sur les terres a été l'objet de nombreuses discussions au sein de la doctrine juridique et revenait à se questionner sur la qualité juridique de la collectivité qui prétendait à la reconnaissance de ses droits collectifs : a-t-elle une capacité juridique ? *"Ces droits étant collectifs, seuls des groupements d'individus peuvent en être déclarés titulaires. La question de savoir si ceux-ci peuvent être sujets de droit, autrement dit, empruntant une terminologie propre aux systèmes juridiques européens, nous nous demanderons s'ils peuvent être des personnes morales."*¹³⁰ On voit que les conséquences juridiques des droits traditionnels étaient différentes et complexes et cadraient mal avec les intentions du colonisateur qui recherchait la maîtrise du sol sénégalais pour y constituer le domaine de l'État. Cette complexité se reflète dans la discussion pour répondre aux questions posées par la théorie domaniale.

2) Discussion autour de la théorie domaniale

La cour d'appel de l'AOF opère un changement de sa politique jurisprudentielle seulement en 1933, lors de l'affaire "État français contre D'Almeida". Cet arrêt est l'achèvement d'une controverse entre la doctrine et l'administration, cette dernière étant appuyée par la jurisprudence de la cour d'appel de l'AOF, à propos des "terres vacantes et sans maître". La question était de déterminer si ces terres étaient oui ou non sans maître. Pour la doctrine, elle n'était pas sans maître mais sous l'autorité des chefs traditionnels des populations autochtones, tandis que l'administration les tenait comme étant sans maître, ce qui avait pour implication de les mettre sous la coupe de l'État en les versant dans son domaine, en vertu des décrets de 1900 et 1904 organisant le domaine de l'AOF.

La différence des interprétations des différents acteurs en présence tient à la multiplicité des discours au sein même de la communauté des professionnels du droit. Mais ces questions théoriques sont loin des préoccupations des populations qui, quand elles ont affaire au droit occidental, y sont confrontées au moment de l'interprétation du juge. Au Sénégal, c'est de lui que

¹²⁹ KOUASSIGAN Guy-Adjété, *L'homme et la terre*, op. cit. note 124, p. 131, ce qui fait dire à Alain Rochegude, dans ses commentaires prolongeant cette citation que *"Nous pensons donc que, plutôt que de prétendre sans cesse tout ramener à nos propres concepts juridiques, il faut se contenter d'admettre que le droit foncier coutumier constitue un mécanisme sous-jacent reposant sur quelques idées issues de contexte social."* ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 55, p. 126.

¹³⁰ KOUASSIGAN Guy-Adjété, *L'homme et la terre*, op. cit. note 124, p. 95 cité par ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 55, p. 1-95, qui observe à la même page que pourtant les dispositions réglementaires, y compris celle du décret du 20 mai 1955, *"[ne sont pas] disposés à reconnaître cette conception collective du droit"* quoique la réalité quotidienne des pratiques *"pousse en faveur d'une reconnaissance de la personnalité morale, seul moyen de traduire, au moins approximativement, le droit foncier collectif"* qui se développe dans un village traditionnel.

relève l'application ou non des décisions de reconnaissance des droits traditionnels. La politique jurisprudentielle de la cour d'appel de Dakar dénote l'ambiguïté de la politique juridique dans son ensemble, à savoir une tendance à considérer les droits traditionnels comme inférieurs, c'est-à-dire en ne les reconnaissant pas en tant que tels, tandis qu'un autre mouvement, plus progressif, apparaît dans les décisions qui remettent les droits traditionnels dans le jeu juridique, sous l'impulsion des autres acteurs juridiques, tels que la doctrine ou certains administrateurs qui fixent la ligne à suivre dans les circulaires administratives. Ce qui explique que la jurisprudence de la cour d'appel de l'AOF a été hésitante pour reconnaître l'existence de droits traditionnels.

Au début du 20^e siècle, la jurisprudence va dans le sens de la thèse domaniale, défendue par l'administration, et considère que l'État français a succédé aux droits du Damel du Kajoor¹³¹. Pourtant, certaines instructions émanant des gouverneurs généraux tels que Roume en 1907 ou Clozel en 1915, favorisent un autre positionnement et engagent l'administration et la jurisprudence à une interprétation en faveur des occupations traditionnelles au détriment donc de la thèse domaniale. Les revirements jurisprudentiels sont timides mais débutent à partir de 1915, en distinguant plus finement les terrains effectivement concédés par le Damel de ceux qui n'ont pas fait l'objet de cession tels que ceux situés sur la presqu'île du Cap-Vert ou ceux situés à Thiès, hors du Kajoor. La thèse selon laquelle l'État français est subrogé aux droits des souverains avec qui des traités ont été conclus, est définitivement abandonnée en 1933, à propos d'un litige au Dahomey. Dans cet arrêt de principe, "État français contre D'Almeida"¹³², la Cour d'appel de l'AOF distingue, à propos des territoires acquis par l'État français, "*le droit de l'abus, la propriété régulièrement acquise de l'usurpation.*" La Cour poursuit et considère que par le décret de 1906, l'État ne peut s'opposer à une demande d'immatriculation sur un terrain qui n'était pas vacant et sans maître, puisqu'occupé traditionnellement par les populations sur un terrain qui n'avait pas fait l'objet de cession de la part du roi du Dahomey. En pratique, cela conduit à reconnaître l'existence des droits traditionnels.

En 1934, un arrêt de la même veine précise le propos sur ce qu'il faut entendre par domaine éminent suite à la cession entre l'État et le Damel du Kajoor dans la presqu'île du Cap-Vert : "*l'article 83 du décret du 26 juillet 1932 comme l'article 58 du décret du 24 juillet 1906 dont il est l'exacte reproduction, signifie que l'État n'a pas entendu revendiquer à son profit les*

¹³¹ CA de l'AOF, 8 février et 1^{er} mars 1907, Recueil Dareste, 1907, p. 78 et 97 ; Tribunal de 1^{er} instance de Dakar, 17 octobre 1908, Recueil Dareste, 1909, p. 260 ou encore CA de l'AOF, 16 juillet 1915, Recueil Dareste, 1916, 3^e partie, p. 57.

¹³² Recueil Penant, 1933, 1, p. 252 et 2 novembre 1934, Penant, 1934, 1, p. 18.

attributions et prérogatives des anciens souverains indigènes et qu'il y a renoncé particulièrement à l'égard des terres qui sont détenues en conformité du droit coutumier local"¹³³, ce qui fait ressortir que "l'État ne saurait prétendre à aucune autre propriété privée que celle des terres vacantes et sans maître". Cette voie prise par la jurisprudence distingue explicitement les terrains occupés traditionnellement et les "terres vacantes et sans maître". Celles-ci existent dans certains cas, mais elles sont peu à peu considérées dans une mesure plus proche de ce que recouvre la réalité, c'est-à-dire que, dans la plupart des cas, un groupe détient des droits sur ces terres, même si elles ne semblent pas occupées, et que par conséquent les "terres vacantes et sans maître" sont moins nombreuses qu'ont pu le prétendre les autorités qui espéraient en acquérir la maîtrise.

Le décret domanial du 15 novembre 1935¹³⁴ confirme cette démarche plus respectueuse des droits traditionnels en précisant qu'une terre ne peut être considérée comme "vacante et sans maître" que si elle est inexploitée ou inoccupée pendant plus de dix années. Ensuite, à la lecture du décret foncier et domanial du 20 mai 1955¹³⁵, la notion de "terre vacante et sans maître" n'est plus évoquée mais la logique reste la même à savoir que ces terres continuent à être à la disposition du colonisateur ou du moins de l'État. Cependant, le nouveau dispositif va dans le sens d'une reconnaissance des droits traditionnels. En effet, pour déterminer leur existence, l'article 11 du décret inverse la charge de la preuve. C'est désormais l'administration qui doit apporter la preuve que les terrains sont vacants.

La théorie domaniale reposait donc sur une vision erronée de l'esprit dans lequel les Damels auraient "cédé" les territoires de leur royaume – ils ne les avaient tout simplement pas cédés – mais elle s'inscrivait dans le contexte de généralisation de la propriété, associé à la philosophie qui gouvernait la colonisation, à savoir des visées économiques et marchandes. En effet, les "terres vacantes et sans maître", en augmentant la superficie du domaine public et privé de l'État, avaient vocation à être cédées à titre précaire pour être exploitées et cultivées. L'effort pour

¹³³ Recueil Penant, 1937, article 5704, p. 18-22 cité par DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, op. cit. note 118, p. 1022.

¹³⁴ Décret domanial de l'AOF du 15 novembre 1935 abrogeant le décret du 23 octobre 1904 et portant réglementation des terres domaniales en AOF, JOAOF 1935, p. 1066. Art. 1 : "*Les terres vacantes et sans maîtres appartiennent à l'État. Il en est de même des terres qui, ne faisant pas l'objet d'un titre régulier de propriété ou de jouissance par application, soit des dispositions du Code civil, soit du décret du 8 octobre 1925 et du 26 juillet 1932, sont inexploitées ou inoccupées depuis plus de dix ans. Les terres sur lesquelles les collectivités locales indigènes ou les chefs qui les représentent exercent un droit de jouissance collective ne peuvent être cédées ou louées qu'après approbation par arrêté du Lieutenant Gouverneur en Conseil.*"

¹³⁵ Décret n° 55-580 du 20 mai 1955 portant réorganisation foncière et domaniale en AOF et AEF, JOAOF du 22 septembre 1956, p. 1806.

maîtriser le sol se faisait dans l'optique de généraliser dans la foulée la propriété civiliste. C'est dans ce contexte réglementaire qu'ont été introduits les différents textes visant l'instauration de la propriété.

Conclusion du chapitre 1

Dans ce premier chapitre, notre objectif était de mettre en évidence comment, au moment de la conquête, le colonisateur français a construit un nouvel espace politique, afin d'y instaurer un nouveau système juridique. Cette attitude a nécessité le contrôle du territoire. Dans nos deux contextes d'étude, le Sénégal et la Nouvelle-France, la logique coloniale n'a pas été la même, en raison de la diversité des mobiles de colonisation, commerciale ou peuplement. Pourtant, dans les deux cas, on observe une identique attitude de résistance des populations locales aux réformes juridiques importées. Ces premiers contacts illustrent la rencontre de cultures juridiques différentes, parfois mêmes incompatibles.

La création d'un espace politique a constitué la phase préliminaire à la création d'un ordonnancement juridique, l'occupation d'un territoire étant étroitement liée aux corpus de règles juridiques applicables pour l'organisation des groupes sociaux en présence. L'instauration de cet espace politique a eu rapidement des conséquences juridiques : les nouvelles institutions ont confronté les populations à des processus juridiques exogènes qu'elles ont pourtant peu à peu intégrés dans leurs pratiques individuelles.

Chapitre 2 : Conséquences juridiques de l'occupation des territoires

La recherche de l'exclusivité du droit se situe dans le prolongement de la construction d'un espace politique. L'organisation juridique et politique des institutions est l'un des premiers soucis affichés par les autorités colonisatrices, une fois leur occupation territoriale établie.

Après la maîtrise du sol, la mise en place des institutions juridiques du modèle importé se traduit par une dissociation des politiques coloniales dans nos contextes de références. Tandis que la Nouvelle-France s'installe dans un régime centré autour du régime seigneurial pour favoriser les politiques d'exploitation des terres, au Sénégal, l'objectif visé n'étant pas le peuplement par des Européens mais essentiellement l'essor d'une politique commerciale, le colonisateur tend à mettre en place le modèle étatique dont le modèle français est le référent. La plupart des rouages institutionnels sont importés et imités, parfois tels quels, parfois adaptés sous la houlette de certains administrateurs, conscients de l'ineffectivité de procédures inadaptées au contexte (section 1).

Cependant, cette recherche d'exclusivité du droit importé est confrontée à la légitimité originelle, toujours présente des systèmes de représentation juridique locaux. Dès les premiers temps de l'occupation, la concurrence entre deux légitimités se manifeste dans les pratiques concrètes des populations et reflète la rencontre d'univers juridiques différents. Cette rencontre des cultures juridiques s'observe en Nouvelle-France à plusieurs niveaux puisqu'elle concerne à la fois les contacts entre Amérindiens et systèmes d'origine européenne et les contacts entre Européens entre eux car deux variantes des conceptions européennes cohabitent dans le territoire canadien. Ainsi, les interrogations relatives au biculturalisme juridique canadien émergent et s'installent dès la conquête britannique en 1763. Au Sénégal, la rencontre des cultures se manifeste plus particulièrement dans les pratiques juridiques de possession et d'usage de la terre : les conceptions traditionnelles se voient imposer un rapport à la terre, sous la forme du système de l'immatriculation, ce qui pose un certain nombre de questions relatives aux représentations de l'espace (section 2).

Section 1 : Les institutions de "l'occupation juridique" dans les colonies

Les affaires coloniales sont rattachées au ministère de la Marine jusqu'en 1881, car, depuis Richelieu, la question coloniale est assimilée aux enjeux du commerce maritime. A la mort de Louis XIV, les ministères sont remplacés par des Conseils, mais c'est toujours celui de la Marine qui est chargé de l'administration des colonies. *"Si le roi possède l'autorité, c'est le ministre qui détient, en pratique, le pouvoir, inspirant au souverain les décisions à prendre, distribuant pensions et gratifications, présentant pour fins d'approbation les candidats aux charges publiques."*¹. L'organisation est très centralisée. *"L'administration dirige d'en haut toute l'entreprise. (...) Devant affronter plusieurs mondes, où lui manque l'appui et la connivence de fortes implantations humaines d'origine métropolitaine, l'Administration s'adapte en variant les réglementations ; d'où cette complexité de statuts, ces structures compensatoires, qui semblent décourager la synthèse et donnent parfois l'impression de l'incertitude ou du chaos. En tout cela, pourtant, une logique est à l'œuvre. (...) Un pays égalitaire, unifié par une Administration autoritaire, prend possession de colonies. Que se passe-t-il ? Un engrenage entre en mouvement, qui tend à répéter l'expérience intérieure française par la diffusion des mêmes principes d'organisation. L'enchaînement des réflexes se renouvelle, mais le mécanisme est faussé, car les données de l'équilibre sont différentes et les rapports de force entièrement modifiés. Comment faire graviter autour du même centre des unités territoriales dispersées sur plusieurs continents, comment unifier des populations aussi disparates ? En imposant partout le même moule français."*² En Nouvelle-France, cela conduit à l'absence de responsabilisation et d'autonomie des personnels politiques dans la mise en œuvre de l'exclusivité du droit, car, de fait, cette situation transfère les responsabilités politiques à l'administration seigneuriale (§ 1). En revanche, au Sénégal, l'importation du modèle ne concerne pas le régime seigneurial car l'objectif n'est pas le peuplement. L'organisation judiciaire et la structure étatique sont implantées par les autorités métropolitaines. Nous montrerons en quoi la politique adoptée est une tentative de reproduction du modèle étatique français (§ 2).

¹ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France 1713-1744*, Bibliothèque québécoise, 1990 (1^{er} ed. 1969), 310p, p. 136. Même si le détachement du ministère originel ne fut pas chose facile, en 1887 commence la publication du *Bulletin officiel des Colonies*, distinct de celui du ministère de la Marine. LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard, coll. Les savoirs, 1992, 638p, p. 162.

² LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 156.

§ 1 : Implantation de l'administration en Nouvelle-France

La question de l'implantation du modèle administratif en Nouvelle-France consiste à mettre en relation les volontés politiques et ce qu'elles deviennent dans la colonie, pour déterminer quelle était, dans la pratique, la politique menée. Ce développement a pour objectif de déterminer si la colonie du Canada a le même régime que les autres occupations françaises. Pour cela, déterminons le régime mis en place en Nouvelle-France et examinons s'il diffère de celui appliqué en France (A). D'autre part, le régime seigneurial est implanté dès le début de la colonisation, là encore, le transfert de cette institution a-t-elle conduit à une transplantation telle quelle ou bien le contexte a-t-il nécessité des adaptations ? Les débats que cette question suscite tout en annonçant ceux qui auront lieu pour l'abolition du régime seigneurial, montrent comment une culture juridique est un ensemble qui se construit dans la diversité des positions (B).

A : Logique d'imitation administrative, juridique et politique en Nouvelle-France

L'esprit de départ est de régir la colonie avec les mêmes lois que celles appliquées sur le continent, comme si elle était une des "*provinces du royaume, aussi française que les autres (...)*. *Le législateur, en l'occurrence la royauté, française ou anglaise, selon le cas, est la première dans le temps à envisager une réception de son droit national dans les territoires qu'elle cherche à conquérir outre-mer. Pour le roi de France, cette intention se traduit dans les actes de concessions accordés aux premiers colonisateurs, les sieurs de Monts et Champlain : le roi les autorise à légiférer sous la forme de "lois, statuts et ordonnances (...) autant qu'il se pourra conformes aux nôtres".*"³ Cette intention politique a-t-elle été réellement mise en œuvre, et était-elle, en définitive, même possible ? Pour s'en rendre compte, il faut examiner la nature du droit applicable, au regard de celui effectivement appliqué. Dans cette optique, nous rappellerons les principes retenus sur place pour déterminer quelle coutume est applicable dans la colonie (1), puis, nous retracerons, brièvement, la teneur de la logique politico-administrative imaginée par les autorités métropolitaines et mise en pratique plus ou moins énergiquement par les instances locales (2).

³ VANDERLINDEN Jacques, "La réception des systèmes juridiques européens au Canada. Regards d'un historien du droit sur ses origines", *Revue de la common law en français*, 1996, vol. 1, p. 1-43, p. 14.

1) Discussion sur la nature du droit applicable et mis en œuvre

En 1716, la coutume de Paris est la seule acceptée en Nouvelle-France, aucun acte ne peut aller contre elle⁴. Selon Robert Bernier, c'est l'édit de mai 1664, portant création de la Compagnie des Indes occidentales qui déclare qu'"en toutes les colonies on appliquera la coutume de Paris"⁵ et qui écarte d'ores et déjà la coutume de Normandie. Dans le même sens, d'autres auteurs se prononcent également pour l'exclusivité de la coutume de Paris dès 1664⁶ : "*la coutume de Paris, combinée avec une réglementation spéciale émanant du roi, sert de droit privé commun dans les colonies d'Amérique, notamment au Canada.*"⁷ Cependant, sur les questions relatives aux tenures, les coutumes de Paris et de Normandie ne sont pas si éloignées sur le fond puisqu'elles intègrent toutes les deux l'organisation féodale. Cette position relève des intentions politiques, cependant les pratiques juridiques révèlent un décalage avec ce discours qu'il est donc nécessaire de nuancer.

Au début de la colonisation, à l'époque de Champlain et de Monts, peu de traces permettent de déterminer si les dispositions législatives adoptées étaient conformes au droit en vigueur dans le royaume de France ou si la législation était "*déjà spécifiquement néo-française.*"⁸ Avant 1664, date de l'édit établissant la Compagnie des Indes, le droit français n'est pas reçu de manière explicite : son introduction "*n'est donc jamais qu'un état de fait sans aucun fondement juridique.*"⁹ Pour mesurer l'impact de la législation importée, Jacques Vanderlinden distingue deux éléments qui participent à la réception du droit : les sources officielles du droit mais également l'ensemble des personnes productrices de droit. Cette distinction le conduit à passer en revue les différents acteurs qui participent d'une manière ou d'une autre à la création du droit et à l'émergence d'une culture juridique en Nouvelle-France : il en va ainsi du législateur, des juges, mais également du peuple et de toute personne instruite. Or, la plupart de ces nouveaux arrivants viennent des environs de Rouen, par cet effet, la prévôté de Québec dépend en appel du Parlement de Rouen. En outre, la Compagnie des Cent-Associés "*écarte la coutume de Paris au profit de la coutume de Normandie toutes les fois qu'elle y trouve avantage.*"¹⁰ Cette préférence

⁴ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 209 (*Conseil de Marine à Bégon*, 16 juin 1716, AC (Archives du Canada), B38 : 207).

⁵ BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", *Revue historique de droit*, 1935, p. 734-747, p. 735.

⁶ ZOLTVANY Yves, "Esquisse de la coutume de Paris", *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 25, 3, déc. 1971, p. 365-384, p. 367.

⁷ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit. note 1, p. 173.

⁸ VANDERLINDEN Jacques, "La réception des systèmes juridiques...", art. cit. note 3, p. 16.

⁹ VANDERLINDEN Jacques, *ibidem*, p. 27.

¹⁰ BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 735.

se retrouve dans les pratiques des populations. *"Bien que les juristes tendent à ne pas l'admettre, le peuple est également producteur de droit à travers son comportement répété, c'est-à-dire à travers la coutume. (...) La situation coloniale, qui exigeait soit l'adaptation du droit importé par les colons (on en trouve un reflet dans la clause "autant qu'il est possible"), soit la création d'un nouveau droit permettant de faire face à des situations non prévues dans le droit importé, justifie un éventuel recours à l'ingéniosité populaire et donc à la coutume."*¹¹ Le dynamisme juridique des populations, plutôt portées à appliquer la coutume de Normandie en raison de leur origine, doit pourtant affronter la suprématie de la coutume de Paris qui connaît une application beaucoup plus large que son ressort d'origine, que ce soit en métropole ou en Nouvelle-France. L'influence croissante de cette coutume souligne le lien indéfectible entretenu entre droit et politique.

En effet, le prestige et le rôle qu'attribue la doctrine médiévale à la coutume de Paris doit s'analyser au regard de l'influence politique croissante du comté de Paris. Par la suite, les justifications les moins sérieuses¹² seront apportées pour valider la suprématie de cette coutume dans le processus d'unification et de codification du droit, que ce soit en métropole ou en Nouvelle-France¹³. Notons la similitude des phénomènes puisque le Bas-Canada optera également pour la codification de son droit au milieu du 19^e siècle, processus dont nous examinerons d'ailleurs les logiques et les motivations tant il reflète comment la culture juridique québécoise s'est forgée. La colonie n'étant pas seulement une entreprise juridique, il est essentiel de tenir également compte des logiques politiques ou, en l'occurrence, de leur absence pour comprendre le destin de cet établissement outre-mer.

2) Administration locale et volonté politique : vers le désengagement

On sait que la volonté politique n'a finalement pas été suffisante pour maintenir la présence française outre-Atlantique. Comment déterminer alors les attitudes et les comportements qui

¹¹ VANDERLINDEN Jacques, "La réception des systèmes juridiques...", art. cit. note 3, p. 22.

¹² VANDERLINDEN Jacques, "La coutume dans le droit français des "pays de coutumes" aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 282-291, p. 287. Dans cet article, l'auteur rapporte quelques-unes des justifications, parfois farfelues, de certains auteurs des 17^e et 18^e siècles pour expliquer la prédominance de la coutume de Paris, parmi les arguments invoqués figure le fait que Paris "*a la faveur des rois*" et "*surpasse en grandeur et majesté toutes les villes du monde*" *Journal du Palais*, vol. 1, 1701, p. 203.

¹³ Même si la coutume normande du Vexin s'est appliquée un temps en Nouvelle-France, elle est progressivement remplacée par la coutume de Paris. Ce processus d'unification s'inscrit dans la continuité de celui amorcé en métropole dès le 15^e siècle. Il prolonge le souci de rationalisation du droit qui se manifeste par l'atténuation de la diversité des coutumes et par leur rédaction. L'aboutissement de ce processus est la codification au début du 19^e siècle.

expliquent ce désengagement progressif ? La tiédeur des engagements émanant de la métropole a été intensifiée par la difficulté d'imposer le modèle administratif et politique. Dans la pratique, ce "mythe politique", selon la formule de Pierre Legendre, ne s'est pas réalisé. Et *"l'idée s'imposa que le droit métropolitain ne pouvait s'appliquer ipso facto, qu'un tri était nécessaire parmi les textes tout comme il était indispensable de prévoir des règles particulières s'appliquant seulement aux colonies."*¹⁴ Quoique la colonie ait son organisation propre, censée être adaptée à ses besoins, les autorités locales n'ont pas été soutenues par les autorités métropolitaines.

On observe dans l'organisation administrative la permanence d'une tendance : *"Dans les vieilles colonies d'Amérique, l'Ancien Régime avait instauré une dyarchie, les pouvoirs étant théoriquement partagés entre le gouverneur, chargé de la sécurité, et l'intendant, responsable des tâches d'Administration générale et de finance."*¹⁵ Au Canada, ce modèle est reproduit : un Gouverneur général, "gentilhomme de bonne naissance" issu de la noblesse militaire, et un intendant, la plupart du temps un jeune fonctionnaire de carrière. Les deux sont assistés d'un Conseil souverain, appelé ensuite "Conseil supérieur"¹⁶. Cette Administration à deux têtes divise le pouvoir, et *"empêche dans la lointaine colonie la formation d'une dictature qu'il eût été difficile d'abattre."*¹⁷ Bien que le prestige du Gouverneur général soit important car il est le représentant du roi, ses fonctions se *"réduisent à la direction militaire et diplomatique de la Nouvelle-France."*¹⁸ Ces missions sont en effet peu nombreuses, mais en raison des différents "ennemis" (amérindiens ou britanniques) et des nombreux conflits qui rythment la vie quotidienne des habitants de Nouvelle-France, elles sont de tout premier ordre.

C'est l'intendant qui a, en fait, l'essentiel des pouvoirs, ce qui est l'une des raisons des relations difficiles qu'ont souvent entretenues les deux hommes. L'intendant est responsable de la justice, de la police et des finances. A tous ces titres, il se charge aussi bien des petits conflits entre habitants que de la vie économique de la colonie dont il doit mettre en œuvre et contrôler les activités de pêche, de traite, d'exploitation de la forêt ou des terres cultivables. Il est secondé par différents collaborateurs¹⁹ et par le Conseil Supérieur du Québec, la plus haute cour de justice de la colonie. Les fonctions de ce Conseil sont étendues mais ses multiples ingérences dans les

¹⁴ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit. note 1, p. 159.

¹⁵ LEGENDRE Pierre, *ibidem*, p. 162.

¹⁶ MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivales 1600-1760", BROWN Craig (dir.), *Histoire générale du Canada*, Montréal : Boréal, 1990, 694p, p. 122-221, p. 142.

¹⁷ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 144.

¹⁸ FRÉGAULT Guy, *ibidem*, p. 140.

¹⁹ "Le commissaire et le contrôleur de la Marine, le directeur du Domaine d'Occident, le capitaine de port et le grand voyer", FRÉGAULT Guy, *ibidem*, p. 153.

dossiers relevant de la politique, notamment l'épisode de la succession de Monseigneur de Saint-Vallier en 1727²⁰, le cantonnent par la suite à sa seule fonction judiciaire. Ce qui était à l'origine le "*petit Parlement de la Nouvelle-France*" perd beaucoup de prestige, les conseillers sont mal payés et, de ce fait notamment, de plus en plus difficiles à remplacer.

Notons que ces trois institutions ne donnent pas la parole aux habitants de Nouvelle-France ; aucune instance officielle de représentation où ils pourraient exprimer leurs aspirations et leurs griefs n'est créée²¹. La monarchie ne cherche pas à avoir d'interlocuteur qui parlerait au nom de tous, les négociations sont possibles mais chacun parle en son nom propre. Cette attitude qui limite la participation populaire reflète un aspect de la centralisation et de la monopolisation du pouvoir par l'administration métropolitaine. Ce, dans les premiers temps seulement, car peu à peu, les pratiques vont refléter le désengagement de la France dans cette colonie.

La marge de manœuvre des autorités locales de Nouvelle-France s'établit au regard de la légitimité à laquelle peut accéder un système politique exporté, qui plus est, régi à distance. Peut-on affirmer que, même en Nouvelle-France, la métropole fait la loi ? Il semblerait que "*la législation intérieure de chaque colonie n'est pas faite sur place ; elle est élaborée à distance, puis transportée avec ou sans ménagements.*"²² Selon Christopher Moore, dans sa contribution à *l'Histoire générale du Canada*, "*le grand palais de Versailles, que l'on commence tout juste à construire quand le gouvernement royal s'établit en Nouvelle-France, est le vrai centre de l'administration de la colonie.*"²³ Même si cet ouvrage d'histoire émane de la littérature anglophone, pas forcément prompte à éclairer la période française sous son meilleur jour, il semble qu'il ne soit pas loin de la vérité des intentions prêtées au pouvoir royal²⁴.

²⁰ Monseigneur de Saint-Vallier, évêque de Québec, tout comme son successeur Monseigneur Laval, sont des personnages puissants qui participent activement à la vie politique de la Nouvelle-France. Voir MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivales 1600-1760", art. cit. note 16, p. 142-143. Pour l'épisode de la succession de l'évêque de Québec, voir FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 238-239.

²¹ En 1717, cependant, les commerçants reçoivent le droit de se rassembler quotidiennement, d'élire deux délégués chargés de défendre leurs intérêts auprès de l'intendant. Cette institution prend peu à peu de l'ampleur, pour devenir la représentation non pas d'un corps de métier mais de la ville de Québec. FRÉGAULT Guy, *ibidem*, p. 157.

²² LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit. note 1, p. 158.

²³ MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivales 1600-1760", art. cit. note 16, p. 140.

²⁴ L'ouvrage a fait l'objet d'une traduction en langue française par des historiens québécois. Ce n'est pas une banalité de le mentionner car ce n'était pas de toute évidence, étant données les débats qui ont pu exister entre historiens à propos de l'histoire du Québec. A cet égard, on peut lire dans la préface à l'édition française, "*Il faut souligner toutefois que les auteurs présentent de l'évolution du Québec un portrait solidement documenté et bien nuancé. D'ailleurs, s'il en avait été autrement, le Boréal n'aurait pas entrepris cette traduction.*" BROWN Craig (dir.), *Histoire générale du Canada*, op. cit. note 16, p. 8. Souligné par nous-même.

D'ailleurs, Tocqueville explique "*quand je veux juger l'esprit de l'Administration de Louis XIV et ses vices, c'est au Canada que je dois aller. On aperçoit alors la difformité de l'objet comme dans un microscope.*"²⁵ Cette politique coloniale, centralisée en métropole, reflète les représentations que les autorités royales ont de ce territoire outre-mer et s'explique par les motivations de la colonisation. "*En 1702, le roi écrit à l'intendant Beauharnais "d'avoir en vue que la colonie du Canada n'est bonne qu'autant qu'elle peut estre utile au Royaume"*"²⁶. La colonie ne doit en aucun cas devenir une rivale commerciale de la métropole²⁷. On peut se demander si la crainte de voir la colonie supplanter commercialement la mère patrie n'est pas à l'origine de la frilosité constatée des politiques de peuplement, frilosité qui a réduit les chances d'un plein développement du territoire. Peu à peu, le désengagement politique est d'ailleurs amorcé.

De fait, les changements brusques de politiques se manifestent sous Colbert, avec l'intendant Talon. Additionnées les unes aux autres, les manifestations du dédain pour le territoire signent la fin de la présence française outre-atlantique : la politique d'immigration est de moins en moins appuyée et peu de fonds sont investis dans l'organisation du commerce au motif que l'intérêt marchand n'est pas suffisant. En outre, les conflits contre les Britanniques, de plus en plus présents et pressants, ne sont plus supportés par les crédits royaux. Ces différents éléments attestent de l'absence de volonté politique ; les incessants changements d'avis ou abandons de projets mettent rapidement en cause la réussite du nouveau territoire. Cette attitude ne tarde pas à être suivie d'effets, c'est-à-dire par la cession du territoire aux Britanniques, conclue lors de la signature du traité de Paris en 1763. Pourtant, malgré la relative courte durée de l'implantation française et le peu d'investissement entrepris, un fort sentiment d'appartenance à une communauté spécifique, au monde francophone, a émergé et s'est imposé. Sur quel fondement cette identification de soi-même repose-t-elle ? Plusieurs éléments institutionnels liés au système de représentations que les migrants ont fait perdurer en terre de Nouvelle-France participent à la

²⁵ TOCQUEVILLE Alexis, cité par LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit. note 1, p.157.

²⁶ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 74, citant les mémoires pour servir d'instruction au Sir Beauharnais, 6 mai 1702, AC, B23 : 85.

²⁷ "*Sous Louis XIV, l'idée de reproduire la nation sur un autre continent s'efface au profit d'un dessein colonial, tel qu'il se concrétise aux Antilles. Au fil de l'expérience acquise, on désigne par colonie, un territoire offrant une économie complémentaire de celle de la métropole et présentant une physionomie différente de celle de la mère patrie. La colonie cesse de figurer une Nouvelle-France, un deuxième royaume, pour apparaître sous les traits d'une possession, au climat tropical, à la structure sociale caractérisée par une classe sociale.*" PLUCHON Pierre, *Histoire de la colonisation française*, t. 1 : Le premier empire colonial, des origines à la restauration, Paris : Fayard, 1991, 1114p, p. 317 ; voir aussi MOORE Christopher, "La Nouvelle-France et ses rivales 1600-1760", art. cit. note 16, p. 192.

réponse. Le régime seigneurial et les discussions qui en ont découlé ont sûrement largement contribué à la construction de l'identité et de la culture juridique québécoises.

B : Les lectures du régime seigneurial en Nouvelle-France : l'émergence d'une culture juridique

Certains auteurs soulignent le paradoxe selon lequel le régime seigneurial est introduit en Nouvelle-France alors qu'à la même époque en France, il périssait²⁸ et que d'autres modalités d'occupation de l'espace, autre que le fief, étaient, en effet, envisageables à l'époque : "(...) *n'eût-il pas été possible que la seigneurie des Cent-Associés fût simplement subdivisée en parcelles de franc-alleu, c'est-à-dire sans rente annuelle, perpétuelle et non rachetable qu'est la rente seigneuriale ?*"²⁹ L'État métropolitain ne s'est jamais réellement interrogé sur l'adéquation du régime seigneurial pour construire une nouvelle société en Nouvelle-France, tout comme il n'a pas cherché à considérer une autre forme de distribution des terres. Louise Dechêne rapporte que les propositions de l'intendant Talon qui suggérait "*une colonisation militaire fondée sur l'entraide entre anciens et nouveaux colons avec toutes les terres en censives*" n'ont pas été discutées³⁰.

Pour expliquer le régime seigneurial, Denys Delâge propose un lien entre l'instauration de ce régime et la nécessité de sédentariser les populations, opération rendue compliquée en raison de l'importance des activités de traite de la fourrure qui vont à l'encontre des politiques de peuplement ; or, le peuplement est nécessaire pour proposer une opposition solide face aux autres nations colonisatrices. Pour contrer les effets attractifs de la traite, une des solutions serait de structurer la société de telle façon que les colons trouvent un intérêt à la terre : la seigneurie a pu être cet outil³¹. La question de l'inadéquation du régime seigneurial en Nouvelle-France n'étant pas réellement posée en termes politiques, il nous semble que son introduction est mise en œuvre par effet d'imitation du modèle métropolitain, dans le sens où, naturellement influencés par ses représentations, les groupes reproduisent les formes juridiques qu'ils connaissent. Nous examinerons la nature du régime seigneurial notamment au regard de l'importance accordée à la

²⁸ WALLOT Jean-Pierre, *Un Québec qui bougeait*, Sillery : Boréal, coll. Boréal express, 1973, 345p, p. 240.

²⁹ TRUDEL Marcel, *Le début de régime seigneurial au Canada*, Montréal : Fides, 1974, 313p, p. 6.

³⁰ DECHENE Louise, "L'évolution du régime seigneurial, Montréal XVII^e-XVIII^e", *Recherches sociographiques*, mai-août 1971, 12, p. 143-183, p. 144.

³¹ DELÂGE Denys, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal : Boréal, coll. Compact, 1991 (1^e éd. 1985), 416p, p. 313.

mise en valeur du territoire et en quels termes juridiques cet objectif est défini (1), pour mettre en œuvre la fonction de peuplement du régime seigneurial (2).

1) Contenu du droit applicable dans les seigneuries

Dès 1598, le roi fait mention qu'au Canada les "*gentilshommes pourront y avoir fiefs, seigneuries, châtelainies, comtés, vicomtés, baronnies et autres dignités relevant de nous.*"³² Le territoire du Canada constitue le domaine de la Couronne qui peut être concédé en fiefs. En 1627, la compagnie des Cent-Associés est la bénéficiaire d'une sous-inféodation qui comprend tout le domaine sur lequel elle s'engage à "*coloniser, habiter, désarter le pays, y faire passer des colons.*"³³ En 1664, la compagnie est dissoute et remplacée par celle des Indes occidentales qui, jusqu'à sa propre dissolution en 1674, détiendra le sol du Canada pour le concéder. Ce n'est donc qu'en mai 1674 que "*la colonie est de nouveau réunie au domaine de la Couronne. Les concessions antérieurement accordées par les Compagnies sont confirmées, mais toutes les terres et seigneuries relèvent, comme avant 1627, directement du roi sans intermédiaire.*"³⁴ Sous l'Ancien Régime, c'est en raison du manque de moyens de l'État que celui-ci délègue sa souveraineté à des compagnies commerciales qui bénéficient de privilèges. "*Ces monopoles déchargeaient l'Administration royale de certaines tâches de police ou de justice et incitaient à la libre découverte de nouveaux territoires. Mais, une fois les compagnies installées, la Monarchie travailla instinctivement à récupérer ses prérogatives et mit en place sa propre Administration.*"³⁵ De fait, en 1674, la Compagnie des Indes occidentales est donc supprimée et l'État concède en bail de fermage "*moyennant finance, le droit de percevoir certains impôts ou de faire le commerce à titre exclusif dans un territoire déterminé – appelé Domaine d'Occident.*"³⁶

³² BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 736.

³³ BESNIER Robert, *ibidem*, p. 737.

³⁴ BESNIER Robert, *ibidem*, p. 738.

³⁵ LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France*, op. cit. note 1, p. 165.

³⁶ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 154. Le Domaine d'Occident connaît une réforme de sa gestion en 1719, date à laquelle son directeur François-Étienne Cugnet et l'intendant Bégon favorisent la confection d'un papier terrier, permettant le prélèvement des droits domaniaux dus à la Couronne sur son Domaine en Nouvelle-France. Le Domaine d'Occident est l'appellation requise du Domaine royal dans les colonies françaises d'Amérique, "*il constitue une entité distincte du domaine royal métropolitain*" auquel il a été intégré après la disparition de la Compagnie des Indes Occidentales en 1674 ; il est nommé Domaine du Roi à compter du traité de Tadoussac de 1733. Pour des précisions sur le contenu de "Domaine d'Occident", voir NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire sous le régime français", LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Marie, BISSONNETTE Alain, NORMAND Sylvio, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville : Yvon Blais, 1996, 303p, p. 107-141, p. 120-121.

Les devoirs féodaux de la métropole tels que l'acte de "foi et hommage" du vassal à son suzerain, et le dépôt d'un "aveu et dénombrement" sont pratiqués ; ces deux documents permettent la constitution d'un "papier terrier". Les "aveux et dénombremments" sont les documents qui décrivent chaque unité cadastrale de chaque seigneurie. Leur objectif est d'accélérer la mise en valeur des terres et d'assurer le recouvrement des droits attachés à chaque parcelle du domaine d'Occident³⁷. Ce document a une valeur légale et participe à la reconnaissance d'un droit de propriété. Pour Marcel Trudel, en Nouvelle-France, l'acte de "foi et hommage" *"n'est plus qu'un lien théorique, une cérémonie qui est un hommage et non plus une foi, c'est-à-dire un engagement d'homme à homme ; l'aveu et le dénombrement n'est plus qu'une affaire d'administration pour connaître l'état du peuplement et du défrichement."*³⁸ Si la relation personnelle et les obligations militaires entre le seigneur et son vassal ont été atténuées, en revanche les modalités administratives se sont maintenues, pour se renforcer car elles visaient le contrôle de la mise en valeur et le paiement des droits réels.

Les droits réels, eux, ne sont pas théoriques, qu'ils soient fixes, comme le cens et les rentes, ou casuels. Parmi ces derniers, les plus rentables sont les lods et ventes qui feront l'objet de nombreuses attaques durant la période de réforme du régime seigneurial au 19^e siècle ; ce "[sont] *des impôts de mutation que le seigneur avait le droit d'exiger de son censitaire en cas de vente de l'immeuble concédé. Il consistait en un douzième du prix de vente mais la plupart du temps le seigneur faisait remise du tiers de cet impôt.*"³⁹. Cependant, l'évolution des lods et ventes va vers leur disparition : Evelyn Kolish nuance leur importance en affirmant que *"lorsqu'une terre reste dans la famille, le seigneur ne peut les exiger, donc ces redevances ne posent aucun problème*

³⁷ "La description d'une unité donne le nom du propriétaire, le nombre et la nature des bâtiments, ainsi que les superficies concédées et exploitées", MATHIEU Jacques et alii, "Les aveux et dénombremments du régime français (1723-1745)", *Revue d'Histoire de l'Amérique Française (RHAF)*, vol. 42, n° 4, 1989, p. 545-562, p. 546. Notons, du point de vue de la méthodologie des auteurs québécois, que de nombreuses études très précises ont été établies sur des seigneuries données. Par exemple, pour la région de Trois-Rivières, voir JARNOUX Philippe, "La colonisation de la seigneurie de Batiscan aux 17^e et 18^e siècles : l'espace et les hommes", *RHAF*, vol. 40, n° 2, automne 1986, p. 163-191 ; l'étude peut être spécialisée sur un "rang", le cadre d'exploitation de base : DESJARDIN Pauline, "La coutume de Paris et la transmission des terres. Le rang de la Beauce à Calixa-Lavallée de 1730 à 1975", *RHAF*, vol. 34, n° 3, décembre 1980, p. 331-339. Bien que les études des seigneuries rurales soient très nombreuses, le développement des seigneuries en milieu urbain est l'objet de recherches, en particulier pour la ville de Montréal ; voir notamment le fameux article de Louise Dechêne, considéré comme l'article de rupture avec l'historiographie traditionnelle, DECHÊNE Louise, "L'évolution du régime seigneurial, Montréal XVII^e-XVIII^e", art. cit. note 30. Pour une étude plus générale, se référer à MATHIEU Jacques, LABERGE Alain, *L'occupation des terres dans la vallée du Saint-Laurent. Les aveux et dénombremments 1723-1745*, Sillery : Septentrion, 1991, 415p. Cet ouvrage propose une analyse globale du phénomène des aveux et dénombremments qui sont reproduits en intégralité.

³⁸ TRUDEL Marcel, *Le début de régime seigneurial au Canada*, op. cit. note 29, p. 6.

³⁹ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 208. Le pourcentage de 1/12^e est mentionné dans la coutume de Paris en son article 73 et la remise du tiers dans les édits et ordonnances. BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 739, Edits et Ord. II, 75-76.

pour la majorité des censitaires de la province."⁴⁰ D'ailleurs, l'article 73 de la coutume de Paris mentionne en effet l'absence des lods et ventes dans l'hypothèse d'un héritage en ligne directe⁴¹. Un autre objet de discussions est la nature du régime seigneurial en Nouvelle-France et concerne les politiques visant au développement de la mise en valeur des terres.

2) Discussion sur le lien entre mise en valeur et peuplement

Les deux importants arrêts Marly du 6 juillet 1711 sont considérés comme attribuant une nature particulière au régime seigneurial de Nouvelle-France et sont parfois interprétés comme confirmant *"l'intérêt accru de l'État pour le peuplement et le développement économique de la colonie canadienne"*⁴². Le premier arrêt concerne les fiefs, le second, les détenteurs de censives. Un seigneur ne peut refuser de concéder une terre à un habitant qui le demande. Le texte exige que les terrains soient défrichés et habités dans l'année, au risque pour le seigneur de se voir confisquer son fief. Le texte à destination des censitaires exige que ceux-ci exploitent effectivement leurs terres ; si celles-ci ne sont pas mises en valeur dans l'année, elles retournent dans le domaine du seigneur. Les arrêts de 1711 confirment l'originalité de l'organisation des terres en Nouvelle-France. Les seigneurs ne *"possèdent leurs terres qu'en fidéicommiss. Dans la colonie, les privilèges féodaux entraînent un lourd contrepoids de devoirs sociaux. Ceux-ci font du seigneur un simple agent de colonisation. Qu'il néglige de remplir les obligations attachées à cette fonction, aussitôt il devient susceptible d'être dépouillé de son titre et de son fief, "qui ne lui a été donné que pour le faire habiter".*"⁴³ Le contenu de la propriété éminente du seigneur en Nouvelle-France aurait ainsi été adapté pour répondre aux contraintes locales de peuplement. Les politiques des terres auraient été orientées de telle façon que le seigneur trouve un intérêt à concéder une parcelle afin qu'elle soit mise en valeur par un censitaire.

⁴⁰ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec. Le débat du droit privé au Québec*, La Salle : Hurtubise, Cahier du Québec, 1994, 325p, p. 236.

⁴¹ BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 744. Cette analyse est réfutée par le nouveau courant des historiens québécois. A propos d'une des localités examinées, l'un d'eux, Allan Greer fait ressortir qu'à *"Saint-Ours, les nouvelles rentes ont augmenté de manière constante durant tout le régime français, mais sont restées stables après les années 1750, tout le contraire de la tendance proposée par le point de vue traditionnel."* GREER Allan, *Habitants, marchands et seigneurs. La société rurale du Bas-Richelieu 1740-1840*, Sillery : Septentrion, 1991 (1^e éd. Toronto : University of Toronto press, 1985), 356p, p. 166.

⁴² DEPATIE Sylvie, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, La Salle : Hurtubise, HMH, Cahier du Québec, 1987, 292p, p. 99. Ils ont été précédés d'une série d'arrêts qui annulaient les concessions non défrichées. Cette politique a été prônée par le roi dès 1663, à l'initiative de l'intendant Talon et du gouverneur Courcelles, et durant toute la fin du 17^e siècle, par différents arrêts du Conseil d'État imposant *"défrichement et habitation"* sous peine, dans le cas contraire, de confiscation des terres qui étaient alors *"réunies au domaine de la Couronne."* Notamment les arrêts des 29 mai 1680, 15 avril 1684, 14 juillet 1690. BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 742.

⁴³ FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France*, op. cit. note 1, p. 193.

Concrètement, l'exécution de ces textes, qui tarde cependant à venir, se traduit, effectivement, pour les fiefs non défrichés en 1741, "*par une réunion au domaine royal*". Quant aux censives, ce n'est qu'en 1751 que les censitaires "*n'habitant pas ou ne cultivant pas leurs terres [font] l'objet de mesures analogues, leurs lots [sont] réunis en seigneuries*."⁴⁴ Ce droit dit "de réunion" est un droit qui permet au seigneur de réunir dans son domaine les terres non défrichées un an après leur concession. Les autorités judiciaires établissent à la demande du seigneur une ordonnance ou un jugement de réunion afin d'organiser rationnellement l'espace pour faciliter le peuplement. Une des questions posées par le droit de réunion concerne les conditions qui déterminent le moment où une terre est susceptible d'être réunie. En d'autres termes, que signifie exactement "*ne pas être défrichée*" ?⁴⁵ Louise Dechêne et R.C. Harris considèrent de la même façon qu'une terre dont les redevances sont versées régulièrement, même si elle n'est pas habitée, ne risque pas d'être réunie. En revanche, une terre travaillée, donc défrichée, mais dont les cens et rentes ne sont pas payés, peut être réunie dans le domaine du seigneur⁴⁶, ce qui laisse à penser que ces auteurs nous suggèrent qu'en pratique, c'est moins la mise en valeur que le paiement des droits réels qui était réellement recherché par les seigneurs. Pourtant, ces arrêts sur la mise en valeur sont étroitement liés aux politiques de peuplement.

Les deux arrêts de 1711 attestent, pour les auteurs du courant traditionnel, de façon officielle que le régime des terres canadiennes a un caractère très spécifique, "*on pourrait presque dire qu'il n'a de féodal ou seigneurial que le nom*."⁴⁷ Ainsi, la plupart des auteurs écartent "*toute confusion entre la féodalité française et le régime seigneurial, entre le paysan français et l'habitant*."⁴⁸ Dans le même sens, Marcel Trudel précise le terme : par féodal, il entend "*la tenure de la terre en fief, et non plus ce système politico-militaire que les rois de France avaient enfin réussi à éliminer au début des temps modernes*."⁴⁹ Ces interprétations de l'histoire du Québec ont fait l'objet de vives critiques. En effet, donner aux seigneurs le simple rôle d'agent de peuplement est contesté par les auteurs appartenant à des courants d'historiens critiques à l'égard de cette vision apaisée du régime seigneurial québécois. Les discussions contemporaines sur la nature du régime seigneurial aux 17^e et 18^e siècles nous conduisent nécessairement à nous questionner sur le sens de ces remises en question par les auteurs d'aujourd'hui et les questions identitaires qui en

⁴⁴ BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 743.

⁴⁵ Cette notion suggère les questions posées par "les terres vacantes et sans maîtres" abordées au Sénégal au moment de la prise de possession du sol sénégalais.

⁴⁶ DEPATIE Sylvie, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, op. cit. note 42, p. 50.

⁴⁷ BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", art. cit. note 5, p. 742.

⁴⁸ WALLOT Jean-Pierre, *Un Québec qui bougeait*, op. cit. note 28, p. 239.

⁴⁹ TRUDEL Marcel, *Le début de régime seigneurial au Canada*, op. cit. note 29, p. 2.

découlent parce qu'elles sont, selon nous, un indicateur précieux pour sonder les mécanismes d'élaboration de la culture juridique québécoise.

Les auteurs sont partagés sur la question de la nature du régime seigneurial en Nouvelle-France. La présentation d'un régime adouci par rapport à celui mis en œuvre en France est-elle une vision réaliste ? Les charges étaient-elles réellement moins lourdes ? Louise Dechêne s'oppose à cette vision idéalisée et met en relief les nombreuses "*plaintes*", "*récriminations*" qui ont parfois été évacuées par les historiens nationalistes. L'intéressement du seigneur se concrétisait dans la perception de droits sur l'exploitation. Ces droits, fixes ou casuels, ne semblent pas si différents de ceux applicables en France car ils sont calqués sur le fonctionnement du régime seigneurial français. Les auteurs qui présentent le régime seigneurial en Nouvelle-France comme une construction finalement assez voisine du modèle observable en métropole – ou du moins des représentations qu'ils en ont –, ont, en fait, réagi au courant des historiens qui, prenant l'étude de ce régime comme un argument nationaliste, considèrent les éléments appliqués en Nouvelle-France comme une simple "*pellicule féodale*."⁵⁰ Cette interprétation est une représentation de la réalité féodale qui soustrait les éléments les plus sombres de la période médiévale, elle s'inscrit dans la construction d'une identité face au monde anglophone et discute "*l'inévitable marginalisation des francophones*"⁵¹ dont auraient été victimes les Canadiens-français. Cette question est l'une de celles qui ont divisé les historiens québécois à partir du début des années soixante, et ont permis d'opérer une métamorphose de la vision de leur propre histoire et donc de leur identité par les Québécois eux-mêmes. Cette nouvelle interprétation du passé québécois offre une histoire revisitée et "*normalisée*", au sens où elle ne serait pas si originale et spécifique par rapport au régime métropolitain français et même par rapport à l'évolution de la société britannique du Haut-Canada.

⁵⁰ DEPATIE Sylvie, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, op. cit. note 42, p. 227, citant MONIERE Denis, "L'utilité du concept de mode de production des petits producteurs pour l'historiographie de la Nouvelle-France", *RHAF*, 1976, 29, n° 4, p. 483-502, p. 497.

⁵¹ RUDIN Ronald, *Faire de l'histoire au Québec*, Sillery : Septentrion, (trad. de Pierre R. Desrosiers), 1998, 278p, p. 205, (chapitre "A la recherche de la normalité : le révisionnisme et au-delà"). Pour comprendre les discussions relatives à la nature de régime seigneurial, deux oppositions principales peuvent être identifiées : celle entre historiens francophones et anglophones et celle parmi les Québécois, entre les nationalistes et ceux qu'on a désignés comme les "révisionnistes" parce qu'ils offraient une rupture avec la vision traditionnelle du Bas-Canada considéré jusqu'alors comme une société distincte. L'enjeu est de trouver un juste équilibre entre ces attitudes, en d'autres termes "peut-on être un historien canadien francophone et avoir une vision critique du régime féodal, et parallèlement, peut-on être un historien anglophone capable de reconnaître certains traits dynamiques de la période de régime français ?" Cette question appliquée au régime seigneurial se pose également quand il s'agit du droit en général, entre droit civil et Common Law et se pose actuellement à l'ensemble du Canada.

Cette rupture était d'autant plus difficile à amorcer qu'elle s'enracinait très profondément dans les mentalités depuis le changement de régime en 1763 ; les débats qui suivirent, telles que les discussions sur le droit applicable ou la question du maintien du régime seigneurial dans les années 1840, ont contribué à opposer, en apparence, les deux communautés anglophone et francophone. Mettons en réserve les tensions qui ont existé entre eux pendant le 19^e siècle pour transiter vers le processus qui s'est opéré au Sénégal à la même époque où, alors que le sol était en voie d'être maîtrisé par le colonisateur, l'importation des institutions juridiques françaises a également eu lieu, mais répondant à une logique autre qui a favorisé l'enracinement de l'organisation étatique.

§ 2 : Importation du modèle juridique au Sénégal

L'esprit qui gouverne la colonisation au Sénégal est l'assimilation. Cette politique implique dans un premier temps que le même droit, les mêmes structures administratives et judiciaires soient appliqués dans la métropole et dans la colonie sénégalaise. Cette idéologie de départ, relayée au début du 20^e siècle par le Parti colonial, est à nuancer quant à la pratique dont elle a effectivement fait l'objet. La première remarque souligne le niveau d'institutionnalisation peu élevé : le nombre de circulaires édictées atteste que les affaires des colonies étaient réglées au fur et à mesure, au cas par cas, selon les situations rencontrées, pour pallier l'inadaptation des lois conçues en métropole. De plus, la doctrine et certains gouverneurs de la colonie se sont rendu compte de l'impossibilité de ce placage des institutions. Pour des raisons inspirées par un évolutionnisme juridique par "étapes", les autorités espéraient qu'au final le modèle soit intégralement et parfaitement reproduit, mais, dans les faits, différents systèmes juridiques coexistaient et ont continué de cohabiter.

Ces systèmes sont respectivement plus ou moins bien compris de part et d'autre, c'est-à-dire par les populations sénégalaises et par les colons. Les groupes en présence ne comprennent pas – ou mal – les institutions juridiques de l'autre, que ce soit les principes qui régissent les droits traditionnels d'un côté et les procédures de reconnaissance de droits de l'autre, tant leurs logiques internes sont différentes. C'est le cadre général de ce paysage juridique qu'il nous importe de présenter pour montrer le caractère extrêmement sinueux et pragmatique de l'organisation générale de la colonie sénégalaise, loin des grandes théories développées en métropole. Le modèle étatique étant présenté comme le modèle de référence, pour notre propos, il est

nécessaire d'établir dans quelles mesures il a été effectivement importé, mais également, le cas échéant, réinvesti dans le contexte sénégalais par les élites et populations locales (A). L'importation du modèle étatique est complétée par celle de tous les rouages de la logique juridique qui préconisait également l'importation de l'organisation judiciaire et de la forme occidentale du droit, dans le sens où "le droit doit être écrit" (B).

A : Emergence de la construction étatique

Pendant la période du comptoir, les fondements d'une administration encore embryonnaire étaient jetés. En 1789, le poste de gouverneur, associé de son ordonnateur, a été remplacé par celui de "*Commandant et administrateur général du Sénégal et dépendances*", subordonné au directeur de la compagnie. Le colonel Blanchot, hors de toute instruction, s'est entouré, pendant sa mandature, de trois conseils : conseil administratif ou conseil civil de la colonie, un conseil de la colonie qui associait les populations indigènes, vite disparu. Un troisième conseil consultatif qui réunissait les notables de la colonie était consulté pour les travaux d'utilité publique. Ces trois conseils n'avaient rien d'officiel, ni de vraiment organisé. Au début du 19^e siècle, l'organisation s'institutionnalise peu à peu. Un contrôleur et un ordonnateur assistent le commandant et administrateur. Différentes tentatives de conseils (Conseil spécial, conseil permanent) sont mises en place dans le cadre de l'organisation de l'administration générale et particulière des ports et arsenaux de marine. Ils sont définitivement remplacés par le Conseil du gouvernement et d'administration régi par le règlement du 17 janvier 1822. Si la composition est établie, à savoir le commandant et administrateur qui préside le conseil, un ordonnateur, un contrôleur et un trésorier, la compétence de ce conseil n'est pas établie précisément, puisqu'il est consulté seulement pour les "*affaires de quelques importances*" selon ce même règlement. Ce n'est qu'à la fin du 19^e siècle, lorsque la conquête militaire est en voie d'aboutissement, que le territoire du Sénégal devient pour les autorités coloniales un cadre institutionnel à investir. L'organisation administrative spécifique de l'État français est importée, dans ses modalités décentralisées – les quatre premières communes de plein exercice –, et déconcentrée – les chefs de cercle (1). Ce processus ancien d'instauration des rouages étatiques a forgé les représentations liées à l'espace urbain en ce qu'il fait figure d'espace d'autorité et de prestige et contribue à l'émergence d'un sentiment de citoyenneté (2).

1) Une organisation administrative : centralisée et locale

Ce n'est que sous le gouvernement de Faidherbe, à partir de 1854, que l'administration de la colonie est développée. Le territoire "*Sénégal et dépendances*" est divisé en trois arrondissements, eux-mêmes divisés en cercles. Si le territoire est divisé, pour faciliter le contrôle des régions de l'arrière-pays qui ne sont pas encore soumises aux Français – elles le seront totalement en 1924 –, tous les services sont centralisés, dès 1865, à Saint-Louis qui devient "*une capitale digne de ce nom, celle de la Colonie-État rassemblée sous tutelle unique et souveraine*"⁵². A partir de 1881, les colonies ne dépendent plus du ministère de la Marine mais d'un sous-secrétariat, puis d'un ministère à part entière. L'organisation politique du territoire met en place les fondements de la vie politique sénégalaise contemporaine ; mais, en raison de l'instauration de différents niveaux de citoyenneté, la participation politique est limitée aux quatre communes de plein exercice dont il nous faut préciser l'origine et les implications juridiques. C'est la loi municipale métropolitaine de 1872 qui accorde aux centres urbains de Gorée et de Saint-Louis, dans un premier temps, le statut de *Commune* – Rufisque et Dakar accéderont respectivement à ce statut en 1880 et 1887. Les habitants de ces quatre communes élisent un conseil municipal et un député sénégalais à l'Assemblée nationale à Paris. Ils le feront d'ailleurs, pour les deux premières, dès 1871, pour les premières élections législatives de la III^e République.

Du point de vue du personnel administratif, le commandant de cercle, son adjoint et le commis aux affaires indigènes sont français ; la hiérarchie bureaucratique est d'influence militaire. Les premiers gouverneurs du Sénégal appartiennent aux corps des officiers de Marine. La structure bureaucratique s'appuie aussi sur le personnel local. La participation sénégalaise, même si elle remplit les fonctions du bas de la hiérarchie administrative, est, néanmoins, essentielle pour l'efficacité de l'action administrative coloniale, et elle participe à l'émergence de représentations liées à l'État, aux services publics qu'il instaure et au droit qui en découle. La construction de cette imagerie est fondée en grande partie sur ces personnels recrutés pour remplir des missions d'interprètes, de conseillers juridiques coutumiers, de chefs de cantons et de village en milieu rural, d'enseignants qui deviennent des "figures" représentant l'État et son administration pour le reste de la population.

⁵² BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 82.

La position du chef de canton est capitale car il est à l'interface des deux mondes culturels : il occupe *"une position bureaucratique, selon les critères weberiens du système bureaucratique. Pourtant, la position politique de ces fonctionnaires n'est guère intelligible en ces termes. En réalité, l'appareil bureaucratique formel était aussi une hiérarchie à deux castes, dont une petite caste dirigeante blanche (de ressources limitées en finances et en personnel) qui utilisait de nombreux agents parmi la population sujette pour maintenir son contrôle. Le chef de canton se situait à la frontière culturelle et politique séparant le dirigeant et le dirigé, et sa position en tant qu'intermédiaire privilégié, pouvait être utilisée pour l'établissement d'une autorité indépendante considérable."*⁵³ L'attitude des populations à l'égard du chef de canton donnait des indications sur le processus de légitimation de cette fonction administrative. Elle dépendait pour beaucoup de l'origine de son titulaire : la plupart était d'anciens cadres des royautes déchues du Waalo et du Kajoor, mais leurs nouvelles fonctions – recrutement militaire, perception des impôts – n'étaient pas valorisées et avaient sapé la légitimité qu'ils pouvaient avoir dans leur ancienne fonction. Ainsi, la population cherchait le plus souvent *"un accès direct aux fonctionnaires européens, passant par-dessus les chefs, en recourant à des "écrivains publics" africains qui pouvaient formuler les plaintes à leur manière propre et les acheminer à travers les canaux appropriés."*⁵⁴ Un siècle d'occupation française a eu une influence sur les représentations notamment dans les villes au statut de commune comme l'a été Saint-Louis. La ville étant un foyer naturel de rencontre des cultures y compris juridiques, les représentations liées à l'organisation de l'espace urbain mais aussi à l'État et aux pratiques administratives s'y sont forgées et mélangées.

2) Espace urbain et construction de la citoyenneté

L'exemple de Saint-Louis permet d'illustrer comment peut se forger une identité, qu'elle relève du registre culturel ou politique, parce qu'elle a été la ville de nombreux contacts avec le système administratif et représentatif français. Le lien entretenu entre les Saint-Louisiens et leur ville depuis sa fondation, son statut de capitale puis de commune de plein pouvoir qui permet d'accéder à la citoyenneté, attestent de l'importance des représentations dans la construction de la culture juridique que l'on observe encore aujourd'hui. Ce rapport à la commune qui peut s'inscrire dans un rapport plus global à l'autorité et à l'État, est un aspect parmi d'autres des éléments qui contribuent à l'émergence d'une culture juridique complexe. La situation de capitale du Sénégal jusqu'en 1960 et de l'AOF de 1895 à 1902, a conféré à Saint-Louis un certain

⁵³ CRUISE O'BRIEN Donal, "Chefs, saints et bureaucrates. La construction de l'État colonial", CRUISE O'BRIEN Donal, DIOP Momar-Coumba, DIOUF Mamadou, *La construction de l'État au Sénégal*, Paris : Karthala, 2002, 231p, p. 17-28, p. 20.

⁵⁴ CRUISE O'BRIEN Donal, *ibidem*, p. 22.

prestige. Ce prestige s'est nourri de l'activité politique et économique mais surtout de la vie sociale et culturelle qui s'y est développée. Le rôle des *signares*, issues du métissage, les débuts de la presse⁵⁵, ont contribué à faire de Saint-Louis un pôle d'attraction. Ce prestige lié à sa situation de première ville du Sénégal jusque dans les années 1910, n'aurait rien eu de si remarquable s'il ne s'était installé en profondeur pour perdurer même après que la ville eut connu un déclin certain dans la plupart des domaines.

Cependant, malgré cela, il semble que la ville conserve son image ou sa réputation d'antan. Naturellement, il n'est pas facile d'identifier et de rendre compte de ces représentations que l'on pourrait qualifier d'affectives, si ce n'est dans le discours des Sénégalais, Saint-Louisiens ou non. Ainsi, par bribes, il est possible de percevoir une certaine fierté d'habiter Saint-Louis, qui plus est d'en être natif ; mais aussi à l'inverse, un certain agacement des autres Sénégalais devant ce qu'ils ressentent parfois comme un quasi "*complexe de supériorité*"⁵⁶, qui se manifeste notamment dans les particularités linguistiques utilisées à Saint-Louis, le parler de Saint-Louis étant une autre manifestation du souci de se distinguer chez certains Saint-Louisiens.

Les historiens s'interrogent et débattent sur la question de la responsabilité ou de l'influence de la période coloniale dans certains phénomènes comme celui de l'urbanisation, mais également sur les représentations qui ont émergé dans les villes. En ce qui concerne le processus d'urbanisation, Catherine Coquery-Vidrovitch a une position nuancée sur cette responsabilité. Tout en reconnaissant que la ville coloniale est "*originale, il ne faut pas pour autant en faire une exception dans l'histoire : on pourrait, au contraire, arguer que toute ville, quels que soient la société, le lieu et le temps de l'histoire considérés, a toujours et partout constitué un outil de colonisation. Parce qu'elles sont des lieux de contact obligé entre plusieurs cultures, (...) les villes ont joué un rôle majeur de creuset social et de diffuseur culturel en exerçant leur impact sur l'ensemble de l'aire soumise à leur autorité.*" Elle ajoute aussitôt que "*ce pouvoir put aller d'un extrême à l'autre, (coercitif ou séduisant) mais que le résultat est en définitive le même.*"⁵⁷ Et pourtant, on pourrait arguer, à notre tour, que c'est justement le caractère coercitif de ce

⁵⁵ L'image de la ville a pu bénéficier de la "publicité" que lui offrait le *Moniteur du Sénégal et dépendances*. Ce journal de la Colonie qui devient en 1888, le *Journal officiel du Sénégal*, est en partie rédigé par Faïdherbe et "*Saint-Louis en formait le sujet central, ce qui répandait la réputation de la capitale au-delà des limites de la Colonie.*" BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 52, p. 83.

⁵⁶ Expression recueillie à Saint-Louis. **Voir les entretiens effectués à Saint-Louis Annexe VI** ; voir également PASQUIER Roger, "Villes du Sénégal au XIX^e siècle", *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1960, t. 47, n° 168-169, p. 387-428, p. 415 : il parle de "*mépris de la ville*" de Saint-Louis pour le reste du pays.

⁵⁷ COQUERY-VIDROVITCH Catherine, *Histoire des villes d'Afrique noire. Des origines à la colonisation*, Paris : Albin Michel, 1993, 409p, p. 39-40.

pouvoir qui fait de la ville coloniale un cas particulier, où les questions foncières et domaniales apparaissent de manière sensible et sont l'objet de conflits où le système judiciaire est confronté à différents systèmes juridiques qu'il n'a pas toujours pris en compte.

B : Le droit applicable par l'institution judiciaire : la rédaction des coutumes

L'appareil judiciaire, c'est à la fois la structure administrative mais également aussi le droit que celle-ci applique dans ses tribunaux. Il s'agit du droit importé directement de France, le droit civil, en particulier par l'interface du Code civil, et du traitement réservé aux systèmes juridiques locaux. Nous avons vu sur quels fondements se basent les droits traditionnels ; après avoir resitué le cadre de l'organisation judiciaire instauré au Sénégal, dont nous avons vu que la plus haute cour a tenu un rôle important dans la reconnaissance des représentations et coutumes locales relatives à la terre (1), nous verrons comment ce corpus de règles non écrites a été interprété par les autorités coloniales (2).

1) Organisation judiciaire

Un conseil de justice est mis en place dès 1779. Sous des appellations différentes, il se maintient jusqu'en 1809, début de la troisième occupation par les Anglais. La politique d'assimilation juridique qui consiste à appliquer le droit de la métropole dans la colonie, est illustrée par les premiers arrêts de la Cour de cassation sur la question de l'application du droit dans les colonies : les lois en vigueur en métropole et antérieures à la conquête sont estimées être applicables dans les colonies, sans que soit nécessaire une publication dans le journal officiel colonial⁵⁸. Cette position est controversée, le Conseil d'État défend, lui, une position où une promulgation spécifique est nécessaire⁵⁹. En revanche, pour les lois postérieures, une disposition expresse exprimant l'intention du législateur est requise pour que la loi soit applicable dans les colonies. Au Sénégal, à compter de 1902, en raison de la réorganisation de l'AOF, c'est le Gouverneur général de l'AOF qui promulgue lois, ordonnances et arrêtés⁶⁰.

⁵⁸ Cass. Crim. 1 juin 1907, Recueil Dareste 1907, juris. p. 174.

⁵⁹ CE Recueil Dareste 1910, p. 49. Il est fait ici référence à la controverse relative à la nature juridique du Sénatus-consulte de 3 mai 1854 sur lequel se fonde la Constitution de 1875 pour octroyer au pouvoir législatif la compétence de régir les possessions d'outre-mer qui le plus souvent l'étaient par décret du Président... Était-ce accorder une fonction législative au Président au détriment du Parlement ? Et dans cette hypothèse, une des discussions juridiques consistait à déterminer la nature – réglementaire par la forme ou législative sur le fond ? – de ces décrets coloniaux.

⁶⁰ Cass. Crim. 13 janvier 1905, Recueil Dareste 1905, p. 57.

L'organisation des institutions judiciaires de l'AOF est précisée par le décret du 10 novembre 1903⁶¹. La cour d'appel de l'AOF est instituée à Dakar, la nouvelle capitale fédérale depuis 1902. L'organisation judiciaire s'inscrit dans le découpage administratif des villages, provinces et cercles qui délimitent le ressort des tribunaux. Ce décret maintient la justice musulmane du Sénégal instituée par le décret du 20 mai 1857. Ce texte concrétise la possibilité pour les musulmans des "quatre communes de plein exercice" du Sénégal, de garder leur régime judiciaire musulman ou de se soumettre aux lois françaises. Cette possibilité s'explique par le statut de ces habitants que les lois de 1833 et 1848 considèrent comme "*citoyens français*". Jusqu'en 1907, le statut de citoyen n'est cependant accordé qu'à condition d'abandonner son statut personnel, c'est-à-dire pour la plupart de ces habitants, musulmans, d'abandonner leur religion, ce qui est une exigence rédhibitoire. Pendant deux années, pourtant, la possibilité d'être citoyens français avec les droits qui en découlent est reconnue aux habitants, quel que soit leur statut personnel ; mais la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et, à partir de 1908, "*les "citoyens" au statut personnel non français ne sont pas citoyens à part entière et leur droit électoral n'est valable qu'au Sénégal.*"⁶² La construction de ces différents niveaux de citoyenneté éclaire la "philosophie" sous-jacente des politiques coloniales. A côté de cette catégorie d'habitants, hors des quatre communes, les "*sujets français*" représentent le plus grand nombre et n'ont aucun droit politique et juridique. La question se pose donc du droit qui peut leur être appliqué.

2) Importation du droit écrit : Code civil et codification des coutumes

L'une des questions sur l'idéologie juridique concerne l'application du droit. Celui-ci doit-il être le même pour tous, et dans ce cas, lequel doit-il être ? Ou, à l'inverse, est-il permis de choisir et de garder le système juridique auquel on est traditionnellement et culturellement attaché ? En d'autres termes, ces interrogations reviennent à poser celle de l'unicité de la loi ou de la pluralité des agencements juridiques. Au début de la colonisation proprement dite, c'est-à-dire après la période du comptoir, cette question n'est pas posée. Ainsi, le principe de l'égalité de tous devant la loi, qui peut apparaître, a priori, comme généreux car soucieux de justice, perd tout son sens si on ne tient pas compte du système juridique de l'Autre, si tant est que son existence soit reconnue par les autorités en place, ce qui ne fut pas toujours le cas, loin s'en faut, comme on peut le constater par l'examen du sort réservé aux coutumes locales. En théorie, l'application du Code

⁶¹ Décret du 10 novembre et instructions sur son application 1901-1908, A. N. S. (Archives Nationales du Sénégal), M. 79.

⁶² BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal*, op. cit. note 52, p. 137.

civil prend le pas sur les coutumes qui sont considérées comme ne se suffisant pas à elles-mêmes pour être applicables, une homologation par le juge étant requise pour que les pratiques locales soient reconnues.

Le Code civil est introduit au Sénégal par l'arrêté du 5 novembre 1830. Son application aux seuls citoyens français du Sénégal relève de la théorie selon laquelle les personnes, où qu'elles se trouvent, doivent être régies par leur droit et bénéficier de leur statut personnel. C'est le critère de la citoyenneté française qui fonde l'application, ce qui explique que cette théorie n'a pas été généralisée : si elle le fut, il aurait été envisageable dès le départ que les populations wolofes, peules ou sereres puissent appliquer elles aussi leur propre tradition. Cela n'a pas été la politique juridique adoptée pour deux raisons : la colonisation était mue par un objectif de civilisation, ce qui sous-entend que celle-ci était considérée comme ne préexistant pas à l'arrivée française – nous percevons ici l'impact des représentations de l'Autre dans le mouvement de colonisation – ; et sur un plan strictement juridique, le rapport à l'écrit était tel que le droit se devait (et se doit encore aujourd'hui...) d'être écrit pour être considéré comme étant du droit. Sur le territoire français, la logique était depuis le 16^e siècle de transcrire autant que possible les coutumes, en les rédigeant puis les codifiant ; ce rapport à l'écrit a tenté d'être importé dans les colonies. La contradiction était patente dans les deux cas : la coutume devenue écrite était toujours relayée rapidement par les usages non-écrits qui rejaillissent aussitôt pour remédier à la fixité de la coutume écrite, en France comme au Sénégal.

Pour illustration, dès 1819, il est possible d'enregistrer les biens immobiliers régis par le Code civil, au service des Hypothèques de Saint-Louis. Cette possibilité est généralisée par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire⁶³. Ce sont dans les centres urbains, dans les quatre communes de plein exercice, et pour des Européens que ces transcriptions ont eu lieu. Les difficultés sont rapidement apparues concernant ces immeubles dit du Code civil car, dès leur origine, les transactions reposent, de la même façon que les cessions des royaumes, sur une incompréhension entre celui qui croit céder à titre provisoire, l'habitant wolof ou serer, et le colon français qui, dans sa logique, pense devenir propriétaire dans le sens qui lui est familier. On pourra discuter le niveau de bonne foi de ce dernier, puis, de part et d'autre, après que l'acculturation a commencé son œuvre ; il résulte de ces opérations immobilières une grande incertitude et finalement de l'insécurité : les présumées "ventes" donnaient lieu à des conflits qui

⁶³ Notons, pour se donner une idée de l'application des lois dans les colonies, que cette loi a été rendue applicable seulement sept années plus tard par le décret du 28 août 1862.

soulignaient les différences de représentations de l'espace et les modalités d'organisation qui en découlaient.

Les autorités ont cru régler cette situation, au Sénégal, en interdisant les "ventes" entre les deux groupes, habitants sénégalais et colons, par l'arrêté du 28 février 1862 pris par le gouverneur. Cependant, cette interdiction de vente était en contradiction avec la logique qui voulait introduire les procédures instaurant la propriété dans les colonies. Dans cette optique, avant le système d'immatriculation, des tentatives donnaient un rôle accru à l'administration pour louer le domaine privé dont l'importante superficie permettait des occupations à visée commerciale. L'instauration de "titre de propriété" entraînait en contradiction avec les conceptions des droits traditionnels et collectifs liés à la terre ; les conflits découlant de la différence des représentations venaient principalement du fait que la vente immobilière, telle que conçue en droit français, est une catégorie juridique qui n'existe pas dans les conceptions traditionnelles, contenues dans les coutumes locales qui ont été transcrites et codifiées, processus qu'il est nécessaire de décrypter.

La cour d'appel contrôlait les décisions émanant des tribunaux de subdivision et de cercle, et c'est sa chambre spéciale qui était compétente pour juger de l'application ou non des coutumes par laquelle elles étaient, le cas échéant, homologuées. L'homologation des coutumes pose la question de la valeur des pratiques dont les traits ont été fixés par écrit, et celle de l'interprétation qui en a été faite par les juges homologateurs. On retrouve là les questions qui s'attachent en tout lieu et tout temps, au traitement qui doit être réservé à la coutume. La question du respect du droit des populations était posée, mais pour les administrateurs, le premier problème consistait, avant même de pouvoir les respecter, d'accéder à la connaissance de ces coutumes, dans le souci, dans un second temps, de les faire transiter vers le droit écrit de la métropole. En effet, en plus d'importer le droit formalisé d'inspiration civiliste en Afrique noire francophone, la politique juridique a favorisé la mise en forme, par leur rédaction sous forme de code, des coutumes pré-existantes.

L'idée de la rédaction des coutumes fut émise et appliquée dans le courant des années 1930, sans l'appui de la doctrine, hostile à un tel projet. Si l'argumentaire des tenants de l'initiative reposait sur la volonté de rendre transparent le contenu des coutumes, il sapait complétement l'esprit de la coutume qui n'a pas vocation à être transcrite : la fixer, c'est la dénaturer en lui ôtant son caractère de mutabilité, lié à l'oralité. *"Dans tout ce processus, nous remarquons le rôle fondamental qui est accordé au texte, surtout s'il est présenté sous forme de corpus iuris, c'est-à-*

dire de code. Or, derrière le texte, il y a l'écriture qui permet d'instituer, c'est-à-dire de rédiger, puis d'institutionnaliser, c'est-à-dire de mettre en ordre, voire de mettre au pas."⁶⁴ Pourtant, malgré les difficultés théoriques que soulevaient la rédaction et la codification des coutumes, vingt-huit coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale furent publiés en 1939 par l'autorité administrative ; c'est le contenu des décisions de justice qui avaient fourni les matériaux pour appréhender l'interprétation des coutumes et l'application qui en était faite. L'interprétation a abouti à reconnaître simultanément les deux systèmes, avec le bémol qui consiste à penser l'un, celui des droits traditionnels, comme une transition, vers un droit soi-disant plus achevé. Ainsi, de façon assez nette, la coutume était-elle interprétée au travers du filtre de l'idéologie de la supériorité de la loi, par une politique de substitution de celle-ci aux coutumes. Ce mécanisme était très visible dans les cas de conflit mixte, c'est-à-dire ceux où étaient en cause des individus relevant chacun d'un des systèmes juridiques, traditionnel sénégalais et métropolitain.

La substitution progressive du droit appliqué en métropole fonctionnait dans le sens d'une uniformisation des droits appliqués au Sénégal. Ce phénomène s'inscrit dans le prolongement du processus de centralisation du pouvoir politique dans la France de l'Ancien Régime, qui s'est traduit par la monopolisation du droit par l'État. Au Sénégal, celle-ci se manifeste à partir de la deuxième moitié du 19^e siècle où les fondements de l'État sont mis en place. Ce rapport à l'État, à son droit, souvent codifié, sont autant de phénomènes juridiques auxquels, au Canada comme au Sénégal, les populations ont été confrontées et auxquels leurs pratiques ont résisté ou se sont adaptées, en les transformant ou en ne gardant que les aspects qui pouvaient servir leurs objectifs.

⁶⁴ LE ROY Étienne et Mamadou WANE, "La formation des droits "non-étatiques"", *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan-Dakar-Lomé : Les nouvelles éditions africaines, 1982, t. 1, 477p, p. 353-391, p. 354.

Section 2 : Réception et interprétations du droit importé par les acteurs

L'examen sur le plan théorique des institutions transférées juridiquement dans les territoires colonisés n'est pas suffisant pour percevoir l'impact de ce transfert sur les populations. Ce sont dans leurs pratiques juridiques que certains éléments peuvent émerger et donner des indications sur l'appropriation ou non de tel ou tel mécanisme juridique. La proximité et la durée des groupes de populations ont conduit à différents phénomènes d'acculturation juridique, décelables dans les représentations et les pratiques afférentes. Nous identifierons ces pratiques dans les trois situations de rencontre qui nous intéressent, à savoir celle entre Amérindiens et Européens, qu'ils soient francophones ou anglophones, à propos du régime seigneurial, puis, entre les deux communautés d'origine européenne à propos de l'hybridation de droit québécois, entre Common Law et droit civil, et de la question de "l'intégrité" de ce dernier (§ 1), et enfin, concernant les échanges et les tensions qui ont pu exister entre Sénégalais et Français à propos du processus d'immatriculation au Sénégal (§ 2).

§ 1 : Rencontres des cultures juridiques et pratiques du droit en Nouvelle-France/Bas-Canada

Le régime seigneurial génère différents types d'analyse selon l'angle du vue adopté, soit donc selon les acteurs dont on considère le comportement. Nous avons suggéré les discussions internes à la communauté québécoise qui s'interroge sur la nature de ce système, dans un processus de construction identitaire. Mais les groupes amérindiens ont également été concernés par ce système dans les réserves, évoquées précédemment. Cette proximité entre les conceptions juridiques s'est traduite par certains processus de rejet ou d'appropriation. Notons qu'il est dès maintenant nécessaire d'introduire dans le contexte de la Nouvelle-France, la présence britannique qui institue une nouvelle façon d'envisager le droit. Et de fait, ce sont les discussions, entre les deux groupes, relatives à l'abolition du régime seigneurial – qui aboutira finalement en 1854 –, qui permettront de présenter deux manières de concevoir l'organisation de la terre et sa mise en valeur (A). Le renouveau législatif du 19^e siècle aboutit également à la codification du droit privé du Bas-Canada. Les échanges entre cultures juridiques s'établissent aussi bien dans le registre des raisonnements juridiques adoptés pour appliquer un droit, objet d'acculturation, que dans le contenu même du droit, notamment au travers de certains montages juridiques comme le "stare decisis" ou système du précédent, et le rôle attribué au juge. Ces éléments ont des

conséquences sur les représentations que les juristes peuvent avoir du Code et de la manière de l'interpréter, ces différents modes d'interprétation sont directement liés à l'application du droit et des pratiques qui en découlent (B).

A : Autochtones et seigneurs : diversité des représentations et mécanismes d'internormativité

La question du droit applicable aux Amérindiens peut être posée de différentes manières selon que l'on tient compte de la volonté des autorités de colonisation, de l'interprétation par les Amérindiens ou encore de la nature "véritable" du droit effectivement mis en œuvre. Après avoir examiné la nature de droit seigneurial appliqué dans les réserves occupées par les Amérindiens (1), nous examinerons comment les Amérindiens ont réceptionné ce droit étranger au regard de leurs modes traditionnels de faire et de penser (2). Ensuite, il sera possible de tirer certains enseignements sur la réception d'un modèle juridique et son adoption par les acteurs, notamment après la Conquête, celle du régime seigneurial, maintenu en place pendant la première partie du 19^e siècle. Le régime seigneurial représente pour ceux qui le défendent un fleuron de la culture des Canadiens-français et participe à la construction d'une mythologie de la culture juridique bas-canadienne puis québécoise, ce qui explique l'ambiguïté des seigneurs français qui tout en défendant l'institution, en critiquent également, aux côtés des Britanniques, les lourdeurs de gestion (3).

1) Droit applicable dans les seigneuries/réserves amérindiennes

Le droit applicable dans les réserves permet de déterminer quel est le statut des Amérindiens – sont-ils sujets, alliés ou domiciliés⁶⁵ ? – et donne à voir quelles sont leurs pratiques juridiques relatives à la terre. Pendant le régime français, les terres sont organisées selon le régime seigneurial. Le degré d'effectivité de ces règles donne des indications sur le statut juridique reconnu aux Amérindiens, sur celui que les Français ont l'intention de leur réserver et sur la manière dont les Amérindiens se perçoivent eux-mêmes dans leurs relations avec les colons.

⁶⁵ Le terme "domicilié" est attribué aux Amérindiens occupant des territoires dans l'ensemble des colonies, donc pas seulement dans le cadre seigneurial. "Lettre de Monsieur le Marquis de Vaudreuil au ministre", le 25 octobre 1724, coll. manuscrite, t. 3, p. 108, cité par NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire...", art. cit. note 36, p. 131.

Pendant le régime français, par exemple, au sud, sur la rive du Saint-Laurent, la seigneurie du Lac-Des-Deux-Montagnes, située au nord/ouest de l'île de Montréal⁶⁶, à Oka, est concédée aux Sulpiciens en 1717. Les Nipissing et les Algonquins arrivent à la mission sulpicienne en 1727 et forment la majorité de la population de la seigneurie ; la principale activité est le commerce de la fourrure. *"Les Indiens obtiennent la permission de se construire eux-mêmes une maison aux villages d'Oka. Mais ils doivent toujours renoncer à la propriété réelle de cette future habitation en faveur du Séminaire de Montréal."*⁶⁷ Les Sulpiciens ne cèdent aux Indiens qu'une *"jouissance précaire"* des terres sur lesquelles ils sont installés. La réunion d'un *conseil des vieillards* aboutit à une réglementation des terres : si la terre reste inculte pendant cinq ans successifs, l'Indien n'a plus de droit sur elle ; en revanche, si pendant cinq ans, il fauche une terre qui n'est jamais réclamée par un éventuel possesseur antérieur, l'Indien en devient le détenteur officiel.

Cette présentation paraît conforme à la logique du régime seigneurial qui oblige une mise en valeur des terres dans les seigneuries. Pourtant, ce droit n'y est appliqué ni par les colons, ni par les Amérindiens qui ne se sentent pas liés par ce droit ; de cela, il résulte un droit seigneurial qui se transforme et qui donne des indications sur le statut accordé aux Amérindiens : *"Selon la tradition des premières nations et les traités conclus, ce sont des villages autonomes alliés ; selon le droit français, des seigneuries avec des sujets. Dans la réalité, l'interprétation autochtone prévaut longtemps. Tout au long du régime français, les Amérindiens des réductions ne sont pas soumis aux redevances seigneuriales et ne peuvent être conscrits dans la milice : ils ne sont donc pas des sujets."*⁶⁸ S'ils ne sont pas sujets, ils sont des alliés ambigus pour les Français qui ont besoin d'eux pour se défendre contre d'autres Amérindiens et contre les puissances européennes concurrentes⁶⁹. Même si dans les débuts du régime, l'intention d'imposer ses propres représentations du droit a pu être possible, surtout vu de la métropole, très rapidement, pourtant, les administrateurs locaux doivent reconnaître qu'ils n'ont aucune autorité pour imposer leur droit et que le recours à la force n'est pas envisageable, notamment concernant

⁶⁶ Voir la situation des seigneuries amérindiennes de Montréal Annexe XV.

⁶⁷ DEPATIE Sylvie, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, op. cit. note 42, p. 169.

⁶⁸ DELÂGE Denys, "Les Iroquois chrétiens des "réductions" (1667-1770). 1- Migration et rapports avec les Français", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21, n° 1-2, 1991, p. 59-69, p. 65. Rappelons que le terme "réductions" de l'espagnol "reducciones", désigne les réserves, également mises en place au Paraguay.

⁶⁹ WEBBER Jeremy, "Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés", BELLEY Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris : L.G.D.J., 1996, p. 113-149, p. 123. Voir également LAJOIE Andrée et VERVILLE Pierre, "Les traités d'alliance entre les Français et les premières nations sous le régime français", LAJOIE Andrée et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec*, op. cit. note 36, p. 143-217, p. 157.

les relations commerciales ayant trait à la fourrure du castor⁷⁰. Le gouvernement colonial ne contrôle pas juridiquement les activités des Amérindiens, ce d'autant plus que ceux-ci ne se sentent pas soumis au droit français : ils ne se sentent ni sujets, ni réfugiés en territoire colonial.

Dans le cas où ce sont les confréries religieuses qui sont seigneurs au nom des Amérindiens, la seigneurie amérindienne n'est que formelle, car le paiement d'aucun cens n'est exigé⁷¹. Au contact des Amérindiens, le régime seigneurial a fait l'objet d'adaptations culturelles car *"les Français ne pouvaient pas réduire les Amérindiens domiciliés au statut de simples censitaires. Il en est résulté un système seigneurial hybride."*⁷² Une des adaptations les plus notables est celle de la reconnaissance de seigneuries collectives. Ce fut le cas à Sillery, près de Québec, et dans la région de Montréal comme dans la seigneurie de Saint-Régis où le gouvernement reconnaît en 1784 aux Iroquois le statut collectif de *"Seigneurs et propriétaires"*⁷³. Les adaptations du droit, en particulier du régime dans les seigneuries, vont être d'autant plus nécessaires, suite aux troubles qui surviennent peu après la Conquête par les Britanniques.

2) Conflits fonciers et ré-appropriation du droit européen par les Amérindiens

Différents litiges sont nés suite aux relations dans les seigneuries sises dans les réserves. Ils ne peuvent être généralisés car ils font se confronter des acteurs, colons ou Amérindiens, très différents ; or, nous savons qu'à l'intérieur de ces deux groupes, il existe une grande diversité d'attitudes par rapport au droit. *"Il n'est pas possible de comprendre les relations de l'époque de la colonisation dans la région nord-est de l'Amérique du Nord au moyen d'une dichotomie simple de deux visions opposées – l'une autochtone, l'autre européenne. (...) Des divergences importantes d'intérêt et de culture ont cependant existé à l'intérieur de ces deux groupes culturels majeurs. Or, celles-ci ont amené des nuances significatives aux relations intercommunautaires et ont parfois permis des coalitions à travers la grande division*

⁷⁰ En 1712, *"les Sieurs de Vaudreuil et Bégon sont persuadés que ce commerce est préjudiciable au royaume mais il n'est pas possible de l'empêcher par la force, il serait même dangereux de l'entreprendre par le grand intérêt que nous avons de ménager les Sauvages et principalement dans le temps présent."* DELÂGE Denys, "Les Iroquois chrétiens des "réductions"...", art. cit. note 68, p. 65, citant les archives C11A – 33fo : 30-32.

⁷¹ Pendant le Régime français, rares sont les cas où les Amérindiens sont eux-mêmes les seigneurs. Le chef algonquin Charles Pachirini est souvent cité, peut-être justement parce que sa situation est exceptionnelle, pour avoir reçu un fief en roture dans la région de Trois-rivières au milieu du 17^e siècle. TRUDEL Marcel, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 3 : *"La seigneurie des Cent-Associés 1627-1663"*, t. 2. La société, Montréal : FIDES, 1979, 669p, p. 598.

⁷² DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, "La justice coloniale britannique et les Amérindiens au Québec. 1760-1820", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 32, 2002, n° 1-2, p. 63-80, p. 70.

⁷³ DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, *ibidem*, p. 75.

culturelle."⁷⁴ La diversité parmi les Amérindiens existait d'emblée ; elle s'est doublée de celle résultant du contact avec les Européens, c'est-à-dire que les individus amérindiens ont parfois trouvé un intérêt, selon leurs activités et les objectifs qu'ils s'étaient fixés, à recourir aux systèmes juridiques européens. Ainsi, à l'intérieur d'un même groupe, de nouvelles divisions sont-elles apparues, comme ce fut le cas pour ce marchand iroquois, dont nous évoquerons le cas, qui invoque la loi anglaise tandis que les chefs du groupe dont il est issu considèrent "*qu'ils n'avaient rien à voir avec la loi de Montréal*"⁷⁵.

Pour faire état de l'application du droit dans les réserves et des relations qui ont pu en découler, nous pouvons nous pencher sur le cas de certaines d'entre elles où les relations ont été rapportées, d'une part, par la documentation judiciaire, d'autre part, par les auteurs qui y ont consacré certaines de leurs recherches. C'est ainsi que certaines localités sont particulièrement étudiées dans la région de Montréal, comme à Kahnawake ou Oka⁷⁶, ou dans celle de Québec, comme dans la seigneurie de Sillery. La question est de savoir si ces seigneuries, où se passent les événements qui sont rapportés, sont représentatives de l'ensemble des seigneuries. Il semblerait qu'elles ne le soient pas nécessairement, mais les situations présentées illustrent des situations où les différentes parties ont dû reconsidérer leurs propres façons de concevoir le droit et l'espace. C'est dans cette "zone de turbulences" que se révèlent le mieux la rencontre de cultures juridiques différentes et, éventuellement, leur hybridation, mais aussi comment les Amérindiens, surtout après la Conquête, ont su utiliser les différents registres juridiques qui étaient à leur disposition pour faire valoir leurs droits.

A Oka, par exemple, un différend naît en 1763 quand un Amérindien de la seigneurie du Lac-des-Deux-Montagnes vend sa parcelle à un marchand anglais, ce qui provoque la contestation des Sulpiciens qui se déclarent propriétaires de la parcelle vendue, selon eux, à tort. Plusieurs questions se posent : 1° sur quels fondements les deux parties établissent-elles leurs revendications et, plus spécifiquement, 2° quelles procédures juridiques les Amérindiens vont-ils utiliser pour faire valoir leurs droits ? Pour la première question, les Amérindiens attestent

⁷⁴ WEBBER Jeremy, "Rapports de force, rapports de justice...", art. cit. note 69, p. 119-120.

⁷⁵ DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, "La justice coloniale britannique...", art. cit. note 72, p. 65.

⁷⁶ La réserve d'Oka a suscité un grand nombre d'étude, suite à la crise du mois d'août 1990 qui a donné lieu à de violents combats et qui a réveillé chez les Euro-Canadiens des sentiments partagés allant de la haine à la compassion.

devant les autorités *"d'un collier wampum comme titre ancestral à la propriété d'Oka"*⁷⁷ et d'une promesse émanant des Sulpiciens. Ces deux arguments ne convainquent pas les autorités britanniques qui, à la veille de l'abolition du régime seigneurial, espèrent résoudre la difficulté par la création de deux autres réserves où les Algonquins et les Iroquois des Deux-Montagnes sont censés déménager. Tandis que les premiers déménagent effectivement, les seconds continuent à défendre leurs droits sur les terrains d'Oka, face aux Sulpiciens, en jouant des rivalités entre catholiques et protestants. D'ailleurs, la plupart des Iroquois deviennent de fidèles méthodistes et le conflit foncier prend une nouvelle tournure en devenant aussi un conflit religieux : *"les Protestants de Montréal mettent sur pied, en mars 1877, la Civil Rights Association pour défendre les droits des protestants au Québec, y compris les Amérindiens d'Oka. En réalité, l'affaire des Amérindiens semble être devenue le prétexte d'une lutte entre Blancs du Québec, d'une part les catholiques et de l'autre les protestants qui se sentent menacés."*⁷⁸ Finalement, les Iroquois porteront le conflit devant le Conseil privé de Londres mais seront déboutés en 1912, confirmant les droits des Sulpiciens⁷⁹.

L'argument religieux est également développé dans un conflit qui a lieu à Kahnawake, mais il est complété par une utilisation accrue de tous les ressorts du système juridique européen (textes et procédures judiciaires), ce qui nous permet d'étayer la réponse à notre deuxième question concernant les procédures utilisées. La seigneurie située à Kahnawake a aussi été le théâtre de différends mais cette fois entre les Jésuites et les Iroquois. Un autre aspect relatif aux pratiques du droit par les Amérindiens est la diversité existant entre Amérindiens concernant la nature du droit applicable : certains d'entre eux, souvent marchands, n'hésitent plus à recourir aux tribunaux de Common Law pour régler leurs conflits⁸⁰. En 1760, le traité d'alliance entre Iroquois et Britanniques garantit aux Amérindiens domiciliés des Sept-Feux, la possession des terrains de la seigneurie anciennement détenus par les Jésuites.

⁷⁷ LAURIN Serge, "Les "troubles d'Oka" ou l'histoire d'une résistance 1760-1945", *Recherches amérindiennes au Québec*, 1991, vol. 21, n° 1-2, p. 87-92, p. 88. L'échange de colliers wampum matérialise les traités avec des nouveaux voisins qui se doivent alors assistance mutuelle et partage des territoires et des activités.

⁷⁸ LAURIN Serge, "Les "troubles d'Oka" ou l'histoire d'une résistance 1760-1945", *ibidem*, p. 90.

⁷⁹ Cette décision juridique sera pourtant annulée par une décision de nature politique puisque les Iroquois auront finalement gain de cause en 1945 : alors que les Sulpiciens sont obligés de vendre, le gouvernement fédéral rachète les parcelles pour le bénéfice des Amérindiens. Où l'on retrouve la tension qui existe entre politique et juridique quand il s'agit de résoudre une difficulté liée à la légitimité politique du droit.

⁸⁰ Sur ce processus voir l'article de DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, "La justice coloniale britannique...", art. cit. note 72. L'article retrace les stratégies du marchand Iroquois Thomas Arakwenté et sa famille qui seront demandeurs ou défendeurs dans la plupart des affaires pendant la période couverte par l'article. Le marchand est régulièrement en conflit avec les chefs traditionnels de son village du Sault-Saint-Louis qui l'expulse car il refuse de renoncer à la loi anglaise et à son commerce qui est incompatible avec la coutume du groupe.

Le conflit naît parce que les Iroquois estiment avoir été spoliés de la moitié des terrains qu'ils considèrent comme leurs. Pour soutenir leur demande, ils se fondent sur les textes juridiques créés pour régler les relations entre les deux puissances européennes, en particulier l'Acte de Québec de 1774. Ainsi, en 1808, dans un procès où des Amérindiens d'un même groupe s'opposent quant au droit applicable, entre droit traditionnel ou droit anglais, les chefs iroquois, en s'adressant au gouverneur, mettent en parallèle leur situation juridique avec celle que vivent les habitants francophones du Bas-Canada vis-à-vis des anglophones : *"Tu nous a laissé le pouvoir de nous gouverner entre nous, tel qu'il nous conviendrait. Ce pouvoir toute fois, nous le savons, ne nous dispense pas de ta Loi, mais nous donne la liberté de faire certaines règles particulières de conduite, entre nous, pour nous dans notre Village. Ces Règles nous les tenons de nos chefs, donnés en conseils, suivant notre manière."*⁸¹ Cette analyse de la situation juridique est inspirée de celle de l'Acte de Québec de 1774 qui permet aux francophones de conserver leur droit civil, leur religion et leur système seigneurial. En 1817, les chefs iroquois invoquent explicitement la Proclamation de 1763 qui reconnaît aux Amérindiens le statut ambigu d'"*alliés et sujets*" – "*allies and subjects*" dans les versions anglaises –, mais aussi, l'existence d'un territoire amérindien, pour défendre leurs droits sur la terre. Ces références au droit écrit illustrent comment, tout en maintenant la distance qui existe entre les différentes façons de concevoir le droit, "*ces Iroquois vivent depuis assez longtemps à proximité des Européens pour comprendre les différences culturelles qui les séparent*"⁸² et en jouer dans leurs relations juridiques, ce qui, pour nous, révèle un changement d'attitude dans leur rapport au Droit.

Les litiges fonciers que l'on vient d'évoquer partent tous d'un malentendu relatif à la possession d'un territoire. Les comportements de possession ne se fondent pas tous sur des traités selon la tradition écrite européenne, mais ont pu également se traduire par une occupation corporelle et matérielle du terrain (par exemple planter une croix comme ce fut le cas à Gaspé par Jacques Cartier). Naturellement, l'ensemble de ces faits et gestes n'est pas facile à analyser pour tenir compte de la façon dont ils ont été compris et ressentis par les habitants⁸³. Andrée Lajoie souligne que pour tenter de sonder cette compréhension, il est nécessaire d'avoir recours à l'ensemble des représentations amérindiennes, non seulement de la terre, mais également de

⁸¹ DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, "La justice coloniale britannique et les Amérindiens au Québec. 1760-1820", art. cit. note 72, p. 66.

⁸² DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, *ibidem*, p. 66.

⁸³ Sylvio Normand fait remarquer "*qu'il n'est pas aisé de déterminer quels rapports exerçaient les Amérindiens avec la terre, à l'époque de la Nouvelle-France. La rareté des sources demeure le principal obstacle.*" NORMAND Sylvio, "Les droits des Amérindiens sur le territoire...", art. cit. note 36, p. 122. L'autre difficulté résulte de la déformation qui peut résulter du discours de celui qui rapporte les représentations à l'espace quand il n'est pas amérindien lui-même.

l'autorité. Elle suggère l'incompatibilité entre deux conceptions : celle, de la société française, de la centralisation du pouvoir monarchique, associé à la figure d'autorité du père et celle des Amérindiens. "*Par contraste, l'organisation des sociétés autochtones, notamment iroquoise, montagnaise et micmac, est basée sur le consensus et l'autonomie personnelle, sous-entendue par des valeurs d'égalitarisme et de partage : la subordination politique, la représentativité des chefs, la règle de la décision majoritaire y sont inconnues ; la patrilinéarité, rare, n'y est pas équivalente au patriarcat, et le terme de "père" n'y connote pas l'autorité, généralement exercée par les oncles maternels.*"⁸⁴ Ces quelques éléments permettent de mesurer le chemin à parcourir pour l'une et l'autre des parties pour tendre vers compréhension et reconnaissance mutuelles. Ne pas avoir les mêmes représentations du Droit ou de l'autorité ne signifie pas nécessairement qu'il soit impossible de comprendre d'autres types de représentations et même de se les réapproprier.

Ces diverses attitudes sont au cœur des interprétations dont le droit a pu être l'objet dans les relations Européens/Autochtones. Les différents acteurs ont été confrontés à leurs différences, et pourtant, en raison des dépendances mutuelles, il a fallu trouver des voies de communication. Pour cette raison, les relations juridiques adoptées par la force des choses, ne relèvent pas d'un acte de volonté librement choisi ; il a fallu trouver le plus acceptable mode de cohabitation juridique pour réduire les conflits et y trouver des solutions. Ainsi, l'ordre normatif élaboré dans ces conditions avec les Amérindiens est-il, dans une large mesure, tributaire des faits, des alliances et des concessions de part et d'autre : il s'est construit durant "*une longue période d'interactions et d'essais. A partir d'accommodements ponctuels et ad hoc*".⁸⁵ Cette façon accommodante de présenter des relations, en fait fondées sur les rapports de force, peut sembler idéaliste, pourtant, elle semble traduire assez bien ce mode d'élaboration du droit qui consiste à essayer plusieurs combinaisons pour finalement ne retenir que celle qui paraît la plus acceptable pour les différents acteurs en présence. Au Bas-Canada, au 19^e siècle, les communautés en présence sont toutes confrontées à ce genre de négociations, y compris les deux communautés d'origine européenne à propos du devenir du régime seigneurial.

Les débats sur la réforme du régime seigneurial soulignent les représentations des Canadiens-français sur leur identité, laquelle passe par la défense de la langue, la religion et le droit. Au moment de la capitulation, bien que le droit anglais soit invoqué peu à peu dans les matières

⁸⁴ LAJOIE Andrée, "Synthèse introductive", LAJOIE Andrée et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec*, op. cit. note 36, p. 1-60, p. 38.

⁸⁵ WEBBER Jeremy, "Rapports de force, rapports de justice...", art. cit. note 69, p. 144.

concernant les tenures, le régime seigneurial est maintenu jusqu'en 1854. Et ce, malgré l'arrivée en nombre de Loyalistes à la Couronne d'Angleterre, opposés, tout comme les commerçants britanniques, au régime seigneurial. La longévité des tenures françaises atteste que les positions des Anglais sont plus complexes qu'elles ne peuvent le laisser apparaître de prime abord.

3) Droit et régime seigneurial applicables au lendemain de la Conquête anglaise

La défaite de Montcalm sur les plaines de Québec le 13 septembre 1759 signe la disparition de la Nouvelle-France et la naissance du Québec⁸⁶, quinzième colonie d'Amérique du Nord britannique. La capitulation est signée par le Traité de Paris en 1763. Cet acte est le premier à définir le nouveau régime juridique du Québec. *"La politique traditionnelle de la Grande-Bretagne a toujours été de laisser intact le droit privé des pays dont elle se rendait maîtresse par cession ou par conquête. Si nous ne faisons pas erreur en soutenant que Georges III introduisit le droit anglais au Canada, ce fut une exception."*⁸⁷ Ainsi, l'attitude adoptée a consisté à soumettre tous les sujets du roi, y compris les populations de souche française, au même droit. La question du droit qui devait régir les Canadiens-français est à l'origine de la discussion qui a lieu, suite aux capitulations de Québec puis de Montréal⁸⁸, après la Conquête de la Nouvelle-France par les forces britanniques. *"Ils deviennent sujets du Roi. Ce qui veut dire que, par sa proclamation du 7 octobre 1763, le Roi Georges III abolira les lois françaises au Canada pour leur substituer les lois civiles anglaises."*⁸⁹ Le Traité de Paris signé en 1763 est silencieux sur le régime légal de la colonie ; c'est l'ordonnance du 17 septembre de 1764 qui supprime toutes les justices seigneuriales et de ce fait, *"renverse de fond et (sic) comble, l'état de fortune des canadiens."*⁹⁰ En théorie, seulement.

Si la lecture des actes officiels organisant le changement de souveraineté atteste du changement de régime juridique, les pratiques semblent être moins nettes. Pour différents auteurs qui tentent de s'extraire de la lecture de l'histoire québécoise alimentée par le courant nationaliste, le changement juridique n'a pas été si radical. Un des arguments qui va dans leur sens est le rétablissement, dès 1774, des lois civiles. Ainsi, dans la période "critique" de 1760 à 1774, *"les*

⁸⁶ La province du Québec actuel a connu plusieurs appellations. Le terme "Province du Québec" est adopté jusqu'en 1791 où il est remplacé par celui de Bas-Canada. Ce, jusqu'en 1867 où à nouveau, "Québec" désigne une des provinces de la nouvelle confédération canadienne. **Voir tableau chronologique Annexe I.**

⁸⁷ WALTON Frederick Parker., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto : Butterworths, 1980 (1^{er} éd. 1907 *The scope and interpretation of the code civil of lower Canada*), 141p, p. 53.

⁸⁸ La Capitulation de Québec a lieu le 18 septembre 1759, celle de Montréal le 8 septembre 1760.

⁸⁹ MARÉCHAL-NANTEL J. "Nos lois civiles", *La Revue du droit*, 1923, 1, p. 266-276, p. 268.

⁹⁰ DEPATIE Sylvie, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, op. cit. note 42, p. 115.

*lois civiles continuent d'être en vigueur sous le nom de "Lois du Canada" au lieu de l'appellation gênante "Coutume de Paris".*⁹¹ L'expression "Lois du Canada" qui peut prêter à confusion sur l'exacte nature du droit pris en considération, est la traduction de l'Acte du Québec de 1774, disposition de rétablissement du droit civil : *"that, in all matters of controversy, relative to property and civil rights, resort shall be had to the Laws of Canada, as the rule for the decision of the same."*⁹² Ces "Lois du Canada" désignent l'ensemble des règles civiles de nature très variée, en vigueur au moment de la cession de la colonie en 1763.

Cette remarque relative à la terminologie souligne le phénomène de décalage qui existe entre discours juridique et politique, et pratiques du droit, effectivement vécues par les populations. D'ailleurs, celles-ci ont su, dans certains cas, jouer de la nouvelle situation juridique. A propos du texte d'Allan Greer, auteur dont nous avons vu qu'il essaie de démystifier l'histoire de la Conquête britannique, l'historienne Sophie Kenniff qui préface son ouvrage relève que *"de nombreux Canadiens-français ont profité du flou juridique qui existait aux lendemains de la Conquête. Ainsi, plusieurs ont bénéficié du fait que les systèmes de lois civiles anglais et français ont cohabité pour échapper à certaines obligations de la Coutume de Paris. Une partie de la population était donc bien au fait des avantages qu'elle pouvait tirer de la Conquête, ce qui confirme qu'elle n'était pas, du moins dans l'ensemble, résignée à son sort. Une population rurale dynamique et dont une bonne partie a su profiter de la Conquête ? Voilà une hypothèse qui a ébranlé de nombreux chercheurs."*⁹³ Cette remarque nous permet également de souligner la difficulté de percevoir la réalité des pratiques juridiques anciennes. Le travail de "terrain" est impossible, le seul qui soit possible est celui des archives. Il est donc important pour le juriste d'avoir conscience des différents courants qui nourrissent les recherches historiques.

Au début du régime britannique, la question du droit applicable est associée à celles relatives à la langue et à la religion. Ces deux institutions forment avec le droit des éléments constitutifs de l'identité des Canadiens-français. Si aujourd'hui, c'est la défense de la langue qui apparaît comme le combat essentiel des Québécois nationalistes, au 18^e siècle, la difficulté concerne aussi les

⁹¹ TRUDEL Marcel, "La conquête de 1760 a eu aussi ses avantages", TRUDEL Marcel, *Mythes et réalités dans l'histoire du Québec*, Montréal : Hurtubise, Cahiers du Québec, coll. Histoire, 2001, 325p, p. 209-234, p. 220.

⁹² MIGNAULT Pierre-Basile, "Les rapports entre le droit civil et la "common law" au Canada, spécialement dans la province du Québec", étude présentée au Congrès de droit comparé tenu à La Haye, au cours de l'été 1932, *La Revue du droit*, 1932-33, 11, p. 201- 211, p. 203. Souligné par nos soins. Notre traduction : *"Pour tous différends relevant du droit de la propriété et des droits civils, le recours aux Lois du Canada devra être privilégié pour les décisions de justice aux contenus juridiques similaires."*

⁹³ GREER Allan, *Habitants, marchands et seigneurs...*, op. cit. note 41, p. 9.

pratiques religieuses⁹⁴. La question de la langue n'est évoquée dans aucun des traités de capitulation, dans la mesure où le français est parlé par les élites européennes y compris britanniques : les officiers amenés à diriger la colonie le parlent également.

Les difficultés de l'époque auraient pu concerner aussi la question du culte religieux. Nous avons vu combien les liens qui nouent droit, politique et religion sont puissants. Au moment de la Conquête, la question s'est évidemment posée. Le traité de Paris en 1763, en son article 4, précise que *"le roi accorde aux Canadiens "La liberté de la Religion Catholique" dans la mesure où les lois de la Grande-Bretagne permettent le culte de leur religion selon le rite de l'Église romaine."*⁹⁵ Finalement, et paradoxalement, ce n'est pas la religion qui a suscité le plus de remous, étant donné qu'une relative liberté de culte était permise, mais les questions liées au maintien ou non du régime seigneurial.

Pendant les premiers temps du régime britannique, le système des fiefs est maintenu, en vertu de l'article 37 de la capitulation de Montréal en 1760. Cette disposition est typique du décalage qui existait entre le droit tel qu'il est posé et le droit pratiqué : en effet, c'est l'intendant qui était l'interprète et le juge de toutes les questions relatives aux relations entre censitaires et seigneurs ; or, sans ce personnage clé, supprimé dans la nouvelle organisation administrative, le système seigneurial va assurément connaître un nouveau *modus vivendi* pendant les décennies où seront discutées sa permanence ou sa suppression. Le maintien des principes seigneuriaux est confirmé dans l'Acte du Québec en 1774 qui rétablit l'ensemble des lois civiles françaises. *"Qu'il soit décrété que tous les sujets canadiens de Sa Majesté dans la province de Québec, à l'exception seulement des ordres religieux et des communautés, pourront conserver la possession et jouir de leurs propriétés et de leurs biens avec les coutumes et les usages qui s'y rattachent et de tous leurs autres droits civils, au même degré, et de la même manière que si ladite proclamation [la proclamation de Georges III du 7 octobre 1763] et les commissions, ordonnances et autres actes et instruments n'avaient pas été faits."*⁹⁶ Cette disposition règle la situation ponctuellement, pour les biens détenus en 1774. Cependant, le texte poursuit que, pour tenir compte de l'allégeance

⁹⁴ Non pas que les questions religieuses ne posent plus de difficultés (il serait plus qu'hasardeux d'affirmer une telle hypothèse), mais l'histoire religieuse du Québec est telle que le catholicisme, pourtant très puissant au moment de la création de la Nouvelle-France et pendant les siècles qui suivirent, connut une forte remise en question au moment de la Révolution tranquille. Depuis, si la culture québécoise reste ancrée dans cette religion, elle l'est avec beaucoup moins de prégnance.

⁹⁵ TRUDEL Marcel, "La conquête de 1760 a eu aussi ses avantages", art. cit. note 91, p. 211-212.

⁹⁶ MARÉCHAL-NANTEL J., "Nos lois civiles", art. cit. note 89, p. 269, citant Shortt A. et Doughty A.G., Archives canadiennes (Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791), Ottawa : Imprimeur du roi, 1921, p. 2.

due à la Couronne et au Parlement de la Grande-Bretagne, les conflits relatifs à la propriété seront jugés selon les "Lois du Canada", c'est-à-dire celles en vigueur lors de la cession de la colonie⁹⁷.

Le rétablissement des lois civiles par les Anglais peut apparaître surprenant, seulement dix années après la Proclamation de 1763 du roi Georges III. La remise en vigueur du droit appliqué pendant le régime de la Nouvelle-France représente l'une des luttes du groupe des juristes canadiens-français dont certains organisent la sauvegarde des lois civiles. A cet égard, Maréchal-Nantel souligne le rôle de François-Joseph Cugnet, seigneur et avocat, qui, de 1765 jusqu'en 1774, engage le débat sur la question de la sauvegarde des lois civiles et "*finit ainsi par ouvrir les yeux aux dirigeants de Londres, sur l'état déplorable dans lequel se trouvaient le régime légal et l'administration de la justice dans la colonie.*"⁹⁸ Ses requêtes sont d'autant mieux entendues et écoutées que le contexte politique dans les treize colonies américaines fait craindre aux Anglais une réaction similaire de la part des habitants du Québec. Depuis 1765, de nombreux incidents liés à des questions fiscales et relatives aux droits civiques des colons anglais ont lieu en terres américaines et mettent les Anglais dans une situation politique sensible. De fait, en 1775 la guerre d'Indépendance éclate. Elle s'achève en 1783, date à laquelle, par le Traité de Versailles, les Anglais reconnaissent l'Indépendance des États-Unis. Ce contexte politique doit être gardé à l'esprit pour considérer l'évolution des réformes canadiennes : la question seigneuriale ne peut pas être inscrite comme une priorité dans l'agenda britannique avant la fin de la guerre d'Indépendance américaine.

Paradoxalement, la Couronne britannique ne s'est pas opposée au régime seigneurial aussi rapidement que certains auteurs le suggèrent. Au lendemain de la Conquête, elle a même plutôt tendance à y voir un outil de contrôle efficace des seigneurs en place. En effet, la seigneurie n'est pas seulement un modèle économique. Elle est aussi une organisation politique que la Couronne

⁹⁷ Nous avons vu que l'expression "Lois du Canada" résulte de la traduction de l'acte du Québec de 1774. Voir supra p. 325. **vérifier la page exacte finale.** Une des grandes préoccupations des historiens du droit québécois a été de déterminer quel pouvait être leur contenu. Frederick Walton qui offre la première étude sur la mixité du droit québécois, le droit avant la cession se composait : "1) de la Coutume de Paris et des ordonnances en vigueur dans la juridiction du parlement de Paris avant 1663, à moins qu'il ne résulte clairement de l'intention de leurs auteurs qu'elles n'étaient pas destinées à avoir effet en dehors de la France ; 2) des arrêts du Conseil du roi et des ordonnances publiées entre 1663 et 1763, qui avaient été enregistrées par le Conseil de Québec ; 3) des ordonnances des autorités administratives du Canada, en particulier de celles des intendants ; et 4) des jugements des tribunaux." WALTON Frederick P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, op. cit. note 87, p. 38.

⁹⁸ MARÉCHAL-NANTEL J., "Nos lois civiles", art. cit. note 89, p. 268. F.-J. Cugnet est l'auteur du *traité des anciennes loix de propriété en Canada aujourd'Huy Province de Québec*.

britannique considère utile pour maintenir l'allégeance de ses sujets les plus puissants à son égard. Cette attitude est telle qu'en 1786, l'Angleterre décide de ne concéder les terres que sous forme de seigneurie. La sauvegarde de la seigneurie, dans les premiers temps, par les Britanniques, s'explique par le contexte économique car l'agriculture dispose dorénavant d'importants débouchés extérieurs, elle bénéficie de la croissance démographique et de la hausse des prix. Une seigneurie agricole devient rentable : les détenteurs de fiefs peuvent vivre de leurs terres.

Jusqu'au début du 19^e siècle, les demandes de réforme du régime sont timides, même si la forte immigration des Loyalistes et la montée du capitalisme pouvaient renforcer les pressions dans le sens de la réforme. Après la conquête par l'Angleterre, "[les] *premiers gouverneurs avaient eu l'impression que la classe des seigneurs exerçait une influence profonde sur la société. A leurs yeux, le régime seigneurial et le droit coutumier tendaient à maintenir dans la colonie une société hiérarchisée, de sorte que la présence d'une aristocratie foncière et militariste paraissait indispensable dans la conjoncture présente. C'est pourquoi les premiers gouverneurs se firent les promoteurs d'une réinstallation du droit français et de la protection des cadres seigneuriaux. La législation de 1774, tout en laissant la porte ouverte à la tenure anglaise, consacrait ces conceptions.*"⁹⁹ Peu à peu, les marchands anglais eux-mêmes investissent les seigneuries : un groupe de seigneurs anglo-saxons se constitue¹⁰⁰. La constitution de ce groupe donne une idée de la complexité des discussions autour de l'abolition : celles-ci ne départagent pas les communautés selon leur origine linguistique mais sur des considérations économiques et politiques. Les seigneurs anglo-saxons deviendront pourtant adversaires du régime seigneurial dans le courant du 19^e siècle ; mais le prestige et la position sociale que la détention d'une seigneurie procure l'emportent dans un premier temps sur les entraves fiscales et économiques.

La question du déclin du régime seigneurial se pose cependant dès la guerre de Conquête par les Anglais. Ce constat est fait par Fernand Ouellet qui l'évoque dès 1760. Le devenir du régime seigneurial est un enjeu crucial pour la Couronne britannique : angliciser les tenures est un

⁹⁹ OUELLET Fernand, "Le régime seigneurial dans le Québec (1760-1854)", OUELLET Fernand, *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal : Hurtubise HMH, Cahiers du Québec, 1972, 379p, p. 91-110, p. 98-99.

¹⁰⁰ Dans son article, "La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866", Michel Morin remarque que "*plusieurs anglophones possèdent des seigneuries et s'accommodent fort bien du système en place, même s'ils prennent rarement la parole pour venter ses mérites.*" GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yves Blais, 1993, 597p, p. 1-41, p. 5. "*Au cours de la première décennie qui suit la conquête, leurs transactions portent sur 24 seigneuries. (...) Jusqu'en 1831, ils manipulent 84 seigneuries, 35 portions de seigneuries et 35 arrières-fiefs.*" OUELLET Fernand, *ibidem*, p. 100.

moyen d'assimilation de la province du Bas-Canada¹⁰¹ et de ses habitants au modèle britannique. Avant que les lois impériales de 1820 marquent le début du processus d'abolition du régime seigneurial, les discussions sont nombreuses entre les deux communautés, mais aussi à l'intérieur de celles-ci. La complexité du débat souligne que les groupes, pourtant stigmatisés sous tel ou tel trait, ne sont pas homogènes. Les intérêts en présence peuvent y être très différents.

Il ne s'agit pas d'un argument mais davantage d'un état de fait : les Britanniques et les Américains luttent contre le régime seigneurial car il "*assure aux Canadiens un quasi-monopole sur les terres seigneuriales*."¹⁰² Les préjugés des Britanniques à propos des tenures françaises "*témoignent de l'ignorance, inconsciente ou voulue, de ces derniers à l'égard de la réalité du régime seigneurial au Québec*."¹⁰³ Le souhait de l'introduction du franc et commun socage¹⁰⁴ s'accompagne d'une demande de réforme des techniques agraires. A cet effet, la Société d'agriculture du Canada, créée dès 1786, a pour but d'améliorer l'émulation pour augmenter les rendements car le régime seigneurial est peu à peu considéré avec le commerce de la fourrure comme l'un des éléments du sous-développement économique de la colonie.

En 1790, le Conseil législatif, présidé par le juge en chef William Smith, "*nettement défavorable à la tenure seigneuriale*"¹⁰⁵, est chargé d'enquêter sur les avantages respectifs des deux systèmes de tenure pour évaluer l'opportunité d'un changement de régime. A cette période, il est proposé "*un changement de tenure sans compensation pour les droits seigneuriaux et l'établissement*

¹⁰¹ A partir de 1791, le Québec s'appelle dorénavant le Bas-Canada, en raison des changements constitutionnels. A cette date, l'Acte constitutionnel du Canada crée le Haut-Canada (actuel Ontario) et le Bas-Canada (actuel Québec). La constitution demandée et octroyée à la couronne britannique est de type parlementaire. A partir de cette date, l'appellation pour les habitants est "Bas-Canadien". Pourtant, et il ne faut pas s'y méprendre, chez les auteurs québécois, on trouve plus simplement "Canadiens". Une raison à cette simplification peut être attribuée aux représentations : les autres, les Hauts-Canadiens sont perçus comme les Anglais. Ce n'est qu'en 1867 que le Bas-Canada, dans le cadre de la confédération canadienne créée par l'acte de l'Amérique du nord britannique, sera à nouveau désigné sous l'appellation "Québec".

¹⁰² KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 40, p. 236. "Canadiens" est entendu dans cette citation au sens d'habitants du Bas-Canada, anciennement Nouvelle-France.

¹⁰³ KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 219.

¹⁰⁴ "*The word 'socage' is probably derived from the Saxon 'soc' meaning 'seek', for the tenant had to seek his lord's 'soke' or court: formerly it was thought to be derived from the French 'soc', a ploughshare, on account of the usual agricultural service. (...) This was the commonest form of socage tenure and ultimately became the commonest tenure of all. All free tenure was common socage unless proved to be one of the others, and it is defined not by what it is but by what it is not. Any type of service might be reserved, though generally it was some agricultural service which was fixed both as the nature and amount, e.g., so many days' ploughing each year. By the end of the fifteenth century most of these services had been commuted for money payment, often known as 'quit rents,' for the tenant thereby went quit, or free, from his services.*" MEGARRY R.E. and WADE H.W.R., *The law of real property*, 4^e éd. Londres : Stevens & Sons, 1984, 1204p, p. 19-20.

¹⁰⁵ KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 221.

d'une tenure soccagère adaptée à la situation locale, et non identique à celle de l'Angleterre."¹⁰⁶

Le début du 19^e siècle est nourri de ces débats et oppositions à propos de l'avenir du régime seigneurial. Si dans un premier temps, les arguments sont très "marqués" selon les communautés, anglaise qui critique la lourdeur et le coût du système, ou française qui défend l'égalité des droits, à la veille de la réforme en 1854, la complexité des positions s'est accrue, la ligne de partage devient plus sociologique que communautaire.

L'argument principal avancé contre le régime seigneurial est le système d'héritage fondé sur le principe d'égalité des droits successoraux. Le système successoral en vigueur en Nouvelle-France en application de la Coutume de Paris était, en effet, de type égalitaire. Le reproche principal à l'encontre de cette approche concerne les superficies des parcelles transmises aux héritiers. Cela conduirait à des parcelles de plus en plus petites puisque le droit successoral "*favorise une grande égalité économique et sociale*" entre tous les héritiers, ce qui est présenté comme "*un défaut*"¹⁰⁷ par les opposants au régime seigneurial. En pratique, l'application de ce principe contenu dans le droit de la Nouvelle-France est plus complexe. "*La coutume de Paris s'applique en Nouvelle-France ; elle détermine les principes successoraux : en un mot, les biens des parents doivent être partagés également entre tous les enfants des deux sexes. On aurait pu croire – et un nombre étonnant d'historiens sont tombés dans le piège – que la forte natalité du Canada français à son origine allait entraîner la division et la subdivision des fermes en fractions toujours plus minuscules à chaque nouvelle génération. Mais, si la loi donne à chaque héritier un droit au patrimoine familial, le partage réel de la propriété n'est pas requis.*"¹⁰⁸

Face à ces critiques, les défenseurs du régime seigneurial estiment que le système de Common Law d'organisation des terres renferme lui aussi une complexité propre à réduire son efficacité. Dans la *Quebec Gazette*, le prêtre Thomas Bédard passe en revue la plupart des tenures anglaises, pour montrer que "*les Britanniques exagèrent les avantages de la tenure soccagère, et ensuite, que les tenures nobles et roturières du Canada partagent la qualité essentielle du soccage, leurs charges étant fixes et déterminées.*"¹⁰⁹ Également, en faveur du régime

¹⁰⁶ KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 224. "*Peu de partisans de la tenure soccagère dans la province se sont référés à la réalité anglaise. C'est un idéal, l'image presque mythique de l'homme libre (freeman), roi de son propre terrain, qu'évoquent les Britanniques en prônant le franc et commun soccage, même si la réalité était tout autre pour les cultivateurs en Angleterre. Les Loyalistes et les commerçants d'origine américaine réclamaient le soccage tel qu'il existait aux États-Unis, adapté aux conditions nord-américaines.*" KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 225.

¹⁰⁷ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 40, p. 223.

¹⁰⁸ GREER Allan, *Brève histoire des peuples de la Nouvelle-France*, Montréal : Boréal, 1998, 165p, p. 49.

¹⁰⁹ Pour contrecarrer l'argument de la complexité du régime canadien des terres, le prêtre liste les nombreuses tenures anglaises : le franc et villedin soccage, le frankalmoigne, la petite et la grande sergenterie, les copy-hold, les

seigneurial, Adam Mabane, dans le rapport annexe au comité chargé d'enquêter sur les tenures, met en avant le petit nombre des charges seigneuriales, et le fait qu'elles soient finalement "*bien définies et légères*."¹¹⁰ Ces charges sont pourtant l'objet des plus vives critiques et constituent un autre argument contre le régime seigneurial. Les lods et ventes deviennent un objet de mécontentement, surtout dans les villes où "*ils pèsent non seulement sur la valeur originelle du sol mais aussi sur la valeur acquise*".¹¹¹

Face à ces positions si contradictoires sur la nature de droit seigneurial, comment se faire une idée de la réalité des pratiques ? Le juriste Louis-Hippolyte La Fontaine¹¹² souligne les ambiguïtés de la politique à l'égard du régime seigneurial : "*Dans les circonstances, je ne vois pas de plus propre à conduire à ce but, que la question de l'abolition des droits seigneuriaux. Les seigneurs et le gouvernement exceptés, tout le monde la désire, quelles que soient les nuances politiques. Je suis donc fermement décidé à mettre cette proposition sur le tapis à l'ouverture de notre prochaine session. (...) Le gouvernement, les seigneurs et les hauts petits aristocrates des deux partis s'y opposeront sans doute ; mais les masses se réuniront et agiront de concert*."¹¹³ Pourtant, si les arguments démocratiques et égalitaires pour la défense du régime sont défendus, ils ne le sont pas jusqu'à l'extrémité du processus législatif par les leaders nationalistes. Plusieurs projets de loi n'aboutissent pas, au détriment des populations les plus faibles. Ainsi, dans les années 1830, "[on] suggérait à cette époque une réforme de la Coutume de Paris qui s'inspirerait du Code de Napoléon, et la conversion du système féodal en franc alleu roturier. (...) Mais les chefs patriotes firent tout pour empêcher une révision qui aurait donné satisfaction aux marchands anglais et mêmes aux habitants."¹¹⁴

A la veille de l'abolition du régime seigneurial, le procureur général James Stuart craint de créer "*an ill-defined intermixture of french and english law*."¹¹⁵ Cette position ne tient pas

tenures en bourgage et le Gavelkind. KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 40, p. 225.

¹¹⁰ KOLISH Evelyn, ibidem, p. 222. Les taxes de mutation sont l'objet de la plupart des attaques. La résistance à leur rencontre émanant des censitaires est connue et traditionnelle, celles émanant des seigneurs anglo-saxons s'inscrivent dans le registre économique et commercial. "*Les lods et ventes constituent à leur avis une véritable taxe sur l'amélioration de la propriété. Ils s'avèrent donc particulièrement nuisibles*." KOLISH Evelyn, ibidem, p. 236.

¹¹¹ OUELLET Fernand, "Le régime seigneurial dans le Québec (1760-1854)", art. cit. note 99, p. 102.

¹¹² Il est nommé juge en chef de la Cour du Banc de la Reine de 1853 à 1864 et est à l'origine de plusieurs arrêts déterminants pour comprendre l'interprétation du droit au Québec.

¹¹³ OUELLET Fernand, "Louis-Joseph Papineau (1786-1871)", *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal : Hurtubise HMH, Cahiers du Québec, 1972, 379p, p. 319-346, p. 326.

¹¹⁴ OUELLET Fernand, "Le régime seigneurial dans le Québec (1760-1854)", art. cit. note 99, p. 109.

¹¹⁵ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 40, p. 255. Notre traduction : "*un mélange mal défini de droit français et anglais*".

compte de la grande propension des populations à reconnaître les droits qui peuvent favoriser leurs intérêts ou du moins ne pas les desservir. Dans les Cantons de l'Est¹¹⁶, les droits anglais, français et même américain sont utilisés par les habitants. Si la présence de différentes traditions juridiques sur un même espace ne simplifie pas le quotidien, elles compliquent en fait surtout la vie des juristes. D'ailleurs, dès le lendemain de la Conquête, on sent déjà, même chez les Canadiens-français, des résistances au régime seigneurial. *"Plusieurs personnes qui ont acheté des seigneuries dans cette province, parmi lesquels se trouvent des Canadiens, ont refusé jusqu'à présent de payer au receveur-général de votre Majesté, le droit de mutation ou la cinquième partie du prix d'achat, dû à votre majesté en vertu de la Coutume de Paris lors de l'admission de tout nouveau seigneur. Les acquéreurs anglais disent que cette partie de la Coutume de Paris se trouve présentement abolie par l'introduction des lois d'Angleterre et les seigneurs canadiens de leur côté prétendent que ce droit ne deviendra dû à votre majesté, que lorsqu'ils auront été régulièrement mis en possession de leurs seigneuries, par les fonctionnaires de votre Gouvernement proposés à cette fin, et qu'ils auront été admis à prêter le serment de loyauté et à rendre hommage à votre majesté, ce qui n'a pas encore été fait."*¹¹⁷ Ce texte, écrit par le général Carleton en 1769, illustre la confusion qui a pu régner, aux yeux des gouvernants, à propos de l'application des règles juridiques applicables à propos des seigneuries. Pourtant, *"[les censitaires] ne prirent pas de temps à comprendre la portée du nouveau code de lois qui tendait à considérer les seigneurs comme ayant la faculté de disposer librement de leurs biens. Une nouvelle conception de la propriété était apparue dans la vallée du Saint-Laurent qui rendait illusoires les restrictions passées."*¹¹⁸ Mais que cela concerne le taux des redevances ou l'accès facile à la terre, *"de part et d'autre, on est prêt à contourner le droit ou à le réinterpréter pour obtenir gain de cause auprès des tribunaux."*¹¹⁹ Les habitants du Bas-Canada ne sont plus Français de Nouvelle-France, mais pas encore non plus des habitants du nouvel Empire. Les processus de mutations culturelles et juridiques s'inscrivent dans la durée. Nous venons de le constater avec la réforme du régime seigneurial, ce phénomène est aussi illustré par l'élaboration du droit et les représentations qui en découlent.

¹¹⁶ Les Cantons de l'Est sont délimités au nord par les grandes seigneuries, au sud par la frontière avec les États-Unis et à l'ouest par la rivière Richelieu.

¹¹⁷ OUELLET Fernand, "Le régime seigneurial dans le Québec (1760-1854)", art. cit. note 99, p. 97, citant Shortt A. et Doughty A.G. Archives canadiennes (Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada 1759-1791), op. cit. note 98, p. 324 et ss.

¹¹⁸ OUELLET Fernand, *ibidem*, p. 97.

¹¹⁹ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 40, p. 241.

B : Hybridation du droit québécois ?

Le 19^e siècle est une période de structuration importante de la société canadienne. Les deux communautés d'origine européenne sont en contact depuis longtemps, mais ne cohabitent vraiment que depuis la fin du 18^e siècle. Le contexte des mutations juridiques s'inscrit dans un rapport de force influencé par la guerre d'indépendance des colons américains dans les colonies anglaises. Garder ce contexte géo-politique à l'esprit est important pour comprendre les enjeux politiques qui existent à propos de la maîtrise du sol et de la façon juridique de l'organiser. La période de l'Union qui débute en 1841, est une époque d'intense activité législative, elle correspond à "*l'âge d'or du parlementarisme au Canada*"¹²⁰. Le Parlement de la Province-Unie concrétise les aspirations de la bourgeoisie de grand commerce naissante, répond au besoin de lois industrielles, tout en accompagnant une participation accrue de l'État. Cette problématique juridique se retrouve dans les deux grands pays de l'Amérique du Nord qui connaissent simultanément un rejet des anciennes structures médiévales, héritées des premiers colons, et un fort développement industriel de type capitaliste qui exige de nouveaux cadres juridiques.

L'influence des représentations du droit relatif aux biens immobiliers annonce combien seront complexes les réformes qui devront combiner les diverses cultures juridiques. Pourtant, dans le Canada contemporain, c'est de cette combinaison dont il s'agit dans le quotidien de la vie juridique. La construction de cette culture, et sa nature – bi-juridisme ou culture juridique mixte ? –, est tout l'enjeu du 19^e siècle. Pour cela, il est nécessaire de s'interroger sur les traits, avérés ou imaginés, respectifs des deux cultures juridiques en présence, et leur implication dans le travail de codification de 1866. L'analyse de ce nouveau code et les interprétations qui lui ont été associées nous permettront ensuite de réagir sur la nature du droit en construction. Étant donné que "[les] deux systèmes sont perçus comme des mondes clos où l'influence de l'autre est jugée souhaitable quand elle est négligeable en fait, et, nuisible quand elle se produit en réalité"¹²¹, l'enjeu, au-delà justement de ces courants soi-disant présentés hermétiquement, est de rechercher les emprunts réciproques. Pour répondre, il s'agit d'examiner comment le droit civil,

¹²⁰ ISSALYS Pierre, "La loi dans la culture juridique québécoise : sources et cheminement d'une idée", BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne et ROBERT Pierre (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Sillery et Paris : Presses de l'Université de Laval et L'Harmattan, 1996, 498p, p. 289-326, p. 296.

¹²¹ TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", préface de WALTON Frederick P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, op. cit. note 87, p. 1-32, p. 21.

plus ou moins maintenu dans son intégrité, peut réellement s'appliquer, étant donné que les lois civiles québécoises sont subordonnées aux lois politiques canadiennes de Common Law¹²².

L'état du droit du Bas-Canada se caractérisait avant sa codification par la grande diversité des sources, considérée par les codificateurs comme synonyme d'illisibilité (1). Pour mieux saisir le sens des interprétations de "l'intégrité" du droit civil codifié par les juristes québécois du 20^e siècle au regard de la circulation des cultures juridiques (2), il faut se rappeler cet aspect afin de se prononcer sur les enjeux juridiques de la codification sur l'hybridation du droit québécois et les interprétations qui en ont été faites de 1866 à 1994 (3).

1) Pluralité des sources juridiques et codification québécoise

Le choix des différents éléments juridiques ne peut être appréhendé à sa juste valeur sans la considération de l'ensemble des caractères sociologiques, économiques et religieux en présence. Le Code Napoléon, par exemple, pourtant auréolé de prestige, est cependant considéré avec méfiance par les notables religieux du Bas-Canada : si l'héritage juridique français est revendiqué, il l'est avec davantage de méfiance au fur et à mesure que le droit français se laïcise. Cependant, même si l'argument de la complexité des sources est recevable pour expliquer le déclenchement du processus de codification, il n'est pas le seul car ce dernier s'inscrit dans un contexte politique régional qui suscite des alliances entre les groupes sociaux émergeant dans ce pays en construction. La défense des lois civiles de l'ancienne Nouvelle-France à travers le projet de Code *"n'est pas que l'expression brute de la domination britannique. Elle correspond aussi à une forme de compromis institutionnel qui permet la coexistence et l'articulation des forces sociales dominantes dans l'ensemble de la société québécoise."*¹²³ Cette évocation du contexte socio-politique n'a pas pour objectif de minorer la complexité voire la confusion de la pratique du droit, mais de souligner que l'histoire juridique de la région ne peut se faire sans avoir en tête que la dimension politique y est puissante.

¹²² On peut noter que le mouvement de codification se fait dans le cadre des institutions de la Grande-Bretagne, donc a priori dans l'esprit du Common Law. Cependant, là encore, une nuance est nécessaire car les situations ne sont pas aussi stéréotypées que les représentations peuvent le laisser croire. A cette époque, en Grande-Bretagne, est encore envisageable un "Code Victoria". Il n'en sera rien, mais évoquer la possibilité d'un code dans le pays d'origine de la Common Law atteste que la situation juridique était plus complexe que ce que les représentations à propos des cultures juridiques pouvaient le laisser penser. Cette tentative de code montre la similitude de l'esprit juridique des années 1850-60 : *"L'ambiance de fond est celle créée par le benthamisme et son aspiration à un droit rationnel, scientifique, et donc légiféré, élaboré de façon méthodique par un Parlement suffisamment représentatif."* ISSALYS Pierre, "La loi dans la culture juridique québécoise...", art. cit. note 120, p. 313. Cet état d'esprit est marqué par les conséquences du Code Napoléon dont on connaît la carrière à travers le monde. Les techniques législatives emploient des voies parallèles, mais sous des influences différentes, en raison des contextes géo-politiques.

¹²³ LARUE Richard, "La codification des lois civiles du Bas-Canada et l'idée de loi naturelle", *Les Cahiers de Droit*, 1993, vol. 34, n° 1, p. 5-26, p. 26.

C'est dans cet état d'esprit que le processus de codification du droit du Bas-Canada est enclenché, ce qui, nécessairement, aura des implications sur le système de droit. Georges-Étienne Cartier, alors Procureur général, est à l'origine du projet de loi du 10 juin 1857, "*adoptée au préalable par le Parlement des deux provinces réunies, et intitulée : "Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure."*"¹²⁴ Les travaux préparatoires à la codification du droit privé bas-canadien débutent en 1857 et aboutissent à l'*Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, mis en vigueur le 26 mai 1866. L'ampleur des travaux – près de dix ans – s'explique par la variété des sources juridiques à prendre en compte dans le nouveau code et par les mécanismes de codification¹²⁵.

Les arguments qui vont dans le sens de l'illisibilité du droit, et donc de son inapplication, sont maintes fois repris dans la littérature juridique des années 1850, pour justifier la nécessité de la codification. "*Au milieu du XIX^e siècle, le droit en vigueur au Bas-Canada est fréquemment décrit comme imprévisible et peu rationnel. La multiplicité des sources du droit qui s'appliquent dans la province et, plus encore, l'absence de cohérence à l'intérieur du système juridique, constituent des récriminations fréquentes. Certains voient dans cette situation la cause de l'état de confusion qui règne dans le droit colonial.*"¹²⁶ Le mouvement d'unification législative et de codification est d'autant plus complexe que la situation juridique de départ se caractérise par la diversité des sources aussi bien du point de vue de leur nature juridique (impériale, locale, coutumière, législative et jurisprudentielle) que de leur influence culturelle (française, anglaise, mais également américaine et hollandaise dans une moindre mesure). Concrètement, les textes principalement pris en compte par les codificateurs sont surtout la Coutume de Paris, les grandes ordonnances royales antérieures à 1663 (date de création du Conseil souverain de Québec), les

¹²⁴ Statuts de la province du Canada, 1857, 20 Vict, c. 43, MARÉCHAL-NANTEL J., "Nos lois civiles", art. cit. note 89, p. 272.

¹²⁵ Pendant la préparation, le travail des commissaires, juges de profession, "*se faisait dans les deux langues, française et anglaise, les deux versions des articles et de l'exposé des motifs se trouvant imprimées en regard l'une de l'autre, pour faciliter l'examen des principes de droit et de l'expression qui leur était donnée.*" MIGNAULT Pierre-Basile, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation", *The University of Toronto Law Journal*, 1935, 1, p. 104-136, p. 105. De plus, pour chacune des dispositions, les commissaires étaient tenus "*de reproduire le contenu des lois en vigueur et de citer sous chaque article du nouveau code, les autorités sur lesquelles ils s'appuieraient.*" CARDINAL Jean-Guy, "Le droit civil au Québec : ses sources, son évolution, son originalité", *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1967, n° 3 (spécial Québec), p. 417-424, p. 419. L'exigence de telles consignes et la recherche des sources expliquent la durée des travaux de la commission.

¹²⁶ NORMAND Sylvio, "Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle", MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte Foy : PUL, 1998, 244p, p. 221-235, p. 222.

Ordonnances de ce Conseil et certaines lois provinciales¹²⁷. Ont également été pris en compte pour l'élaboration du Code, la jurisprudence et certains ouvrages comme ceux de Domat, mais *"Pothier, surtout, a été leur guide comme il l'a été des rédacteurs du Code civil français."*¹²⁸

Ainsi, ayons à l'esprit trois aspects du phénomène juridique, ces aspects pouvant paraître antinomiques, et pourtant, ils sont le reflet de la complexité de la situation juridique à la fin du 19^e siècle au Bas-Canada : d'abord, le projet même de code atteste la présence d'éléments de culture juridique civiliste ; ensuite, le processus de codification *"ne s'est jamais entièrement aligné dans sa vie réelle dans le sillage du pur droit français"*¹²⁹ ; enfin, et par conséquent, ce code est par essence le résultat de deux expressions de forme de pensée juridique, la canadienne française et la canadienne anglaise. La première est dominante, mais la seconde *"a sa part d'influence qu'on ne saurait méconnaître sous peine de commettre de graves erreurs sur l'intelligence de ce pays."*¹³⁰ Détaillons ces remarques.

En premier lieu, sur la forme, le modèle est le code français dont le plan est reproduit et, parfois même, la rédaction est reprise telle quelle. Cependant, ne nous méprenons pas sur cette apparence. L'objet du code n'est pas de reproduire le sens profond du Code Napoléon. A cet égard, si celui-ci fut un des catalyseurs de la codification québécoise, il existe une distance certaine entre les deux textes. *"La loi de codification de 1857 commandait en effet de rédiger un code qui serait à l'image du Code civil français en ce qu'il suivrait le même plan général, comporterait les mêmes divisions et en épouserait le style même, n'accordant, comme le disait la loi, à chaque sujet que "la même somme de détails". Mais pour le fond, le code ne devrait exprimer que le droit alors en vigueur. Ici pas de modèle ni d'emprunt à quelque système étranger, fut-il français. Le Code civil du Bas-Canada devait s'inscrire dans la continuité."*¹³¹

¹²⁷ Pierre Issalys a dressé la liste précise des textes considérés : *"législation du Parlement britannique visant le Québec ou applicable dans l'ensemble des colonies, droit français dans son état de 1763 (ce qui comporte des règles de droit coutumier, des ordonnances royales et des règles de droit romain), droit anglais dans son état à la même date (ce qui comporte des règles du common law jurisprudentiel, éventuellement modifiées avant cette date par le statute law), proclamation et ordonnances prises par les autorités britanniques locales entre 1763 et 1791, droits traditionnels autochtones, enfin dispositions du Traité de Paris de 1763, portant cession du Canada à l'Angleterre."* ISSALYS Pierre, "La loi dans la culture juridique québécoise...", art. cit. note 120, p. 291.

¹²⁸ MIGNAULT Pierre-Basile, "Le Code civil de la province de Québec...", art. cit. note 125, p. 107.

¹²⁹ BEAUDOIN Louis, "Conflits nés de la coexistence juridique au Canada", *McGill Law Journal*, 1956, 3, p. 51-69, p. 51.

¹³⁰ BEAUDOIN Louis, *ibidem*, p. 51.

¹³¹ MOREL André, "L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890)", *Le nouveau Code civil : interprétation et application : Les journées maximilien-Caron 1992, organisées conjointement par la Faculté de droit l'Université de Montréal et l'Association internationale de méthodologie juridique les 13-14 mars 1992*, Montréal : Les éditions Thémis, 1993, 326p, p. 49-63, p. 53. L'expression *"la même*

L'illustration de la distance avec le Code civil français est marquée par le rapport à la religion et par les mobiles de la codification. Le caractère laïc du code français ne pouvait que faire l'objet de résistances et de rejet, étant donné l'influence importante de l'Église dans la société du Bas-Canada. Les modes de vie et de pensée du Bas-Canada se doivent pas être altérés par la codification : rien ne doit changer dans le contenu du droit ; il n'est question que d'une "*simple reformulation du droit*"¹³² et non de sa réforme. Ce souci des codificateurs est relayé par les intentions du Parlement du Bas-Canada qui ne cherche pas non plus à modifier le fond du droit. Ces attitudes intègrent le souci de protéger "l'intégrité du droit civil" québécois, mais dans le même temps, concèdent que le droit se nourrit d'influences à la fois françaises et anglo-saxonnes, ce qui traduit bien ce que nous tentons de montrer, à savoir l'existence de différents systèmes de représentations.

Concernant, enfin, la dualité des influences juridiques, remarquons que le Code civil est mis en application au moment même où une nouvelle Constitution est proclamée. En 1867, le gouvernement des Provinces-Unies du Canada, par l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique (AANB), crée la Confédération canadienne. La construction fédérale est elle-même une résistance à "l'intégrité du droit civil québécois". En effet, une des notions clé, qui peut aussi apparaître comme la principale pierre d'achoppement du fédéralisme, est celle de la répartition des compétences entre le niveau fédéral et celui des provinces, au nombre seulement de quatre en 1867¹³³. Cette question pose celle de la spécificité ou non du Code civil québécois dans l'ordonnancement législatif général canadien : le Code est-il une loi spéciale qui ne peut être l'objet d'aucune modification par une loi fédérale ? La répartition des compétences selon l'article 91 de l'AANB est telle qu'en pratique une loi fédérale peut anéantir les dispositions des domaines les plus importants du Code civil de la province québécoise puisque aucune mention explicite ne pose le caractère spécial de la loi de codification, y compris au sein du cadre législatif québécois. Cette loi peut être amendée sans la nécessité d'une procédure particulière ; ainsi, l'idée de la permanence du Code n'est pas établie juridiquement ; elle est simplement le reflet des aspirations de ceux qui voulaient protéger le droit civil d'autres influences, au risque "*de créer un fossé entre*

somme de détails" est celle de l'article 7 de l'Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, Statuts de la province du Canada, 1857, 20 Vict, c. 43.

¹³² MOREL André, *ibidem*, p. 53.

¹³³ Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Écosse, Ontario et Québec. Le territoire est étendu en 1905 avec la Saskatchewan, l'Alberta, le Manitoba et l'île-du-Prince-Édouard.

un code détaché de la réalité et une législation particulièrement foisonnante."¹³⁴ D'ailleurs, ce tiraillement est perceptible dans le contenu des interprétations des juristes du 19^e siècle.

Concernant le droit privé québécois, le contexte général du Canada, de Common Law, pose la question de la nature du droit codifié. Maurice Tancellin, s'interrogeant sur le caractère mixte ou hybride de ce droit, distingue deux étapes dans la vie juridique québécoise qui auraient, selon lui, des conséquences sur la nature du droit au Québec et sur son devenir. Pour lui, s'il y a bien eu *"une transplantation de l'ancien droit français"* aux 16^e et 17^e siècles, l'imposition du droit anglais en matière civile après la conquête de la Nouvelle-France, s'est fait *"involontairement"*, sous la pression du contexte politique. Même si l'Acte de 1774 rétablit le droit civil, même si la codification a lieu en 1866, pour cet auteur, le processus de métissage, y compris du droit civil québécois, faisait cependant son œuvre, dans les mentalités et les pratiques ; il interprète d'ailleurs le pacte constitutionnel, signé seulement une année après la codification, en 1867, comme une *"confirmation de la réussite de la réception de la common law en matière de lois politiques. Face à une substantive law de droit civil, se dressait donc une procedural law de common law : deux réceptions en bloc échelonnées dans le temps, réduites par influences réciproques à des réceptions partielles, aboutissaient à des chevauchements, faute de concordance entre les catégories et les concepts : voilà comment le droit privé québécois est devenu mixte."*¹³⁵ Cette analyse nous intéresse pour comprendre un peu mieux quelle pourrait être la nature du droit privé québécois.

Il semble que le Code, à la manière d'une digue peu étanche, n'ait pas suffi à modifier le sens de l'acculturation : même si l'inspiration civiliste du droit au Québec, ou du moins l'aspiration à cette inspiration, est un fait socioculturel, même s'il est inconcevable pour la communauté des juristes de la province d'aligner leur droit sur celui des neuf autres provinces, clairement de tradition de Common Law, le contenu du droit privé québécois n'a pas pu rester hermétique à l'esprit juridique de la Common Law. D'ailleurs, commentant la construction de la culture juridique québécoise à la fin du 19^e siècle, Sylvio Normand précise qu'elle *"se transforme au fur et à mesure que le droit devient de plus en plus national et de moins en moins colonial. (...) Cependant, une fois la période coloniale terminée, des cultures juridiques – que je qualifierai de centrales – exercèrent – et exercent encore aujourd'hui – un ascendant sur la culture juridique"*

¹³⁴ TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", op. cit. note 121, p. 12.

¹³⁵ TANCELLIN Maurice, ibidem, p. 23.

québécoise."¹³⁶ Cette tradition pluriséculaire d'emprunt et de métissage nous permet de mieux appréhender en quoi la culture juridique québécoise est éminemment métissée, et par conséquent permettrait, comme le conseille Maurice Tancellin, d'éviter "*la conception du droit civil sur la défensive et celle de la Common law conquérante*."¹³⁷ Pour cela, il est nécessaire de s'interroger sur quelques mécanismes observables dans les pratiques juridiques du Québec pour tenter de mesurer comment les Québécois interprètent et pratiquent leur droit.

2) Circulation des cultures juridiques et "intégrité du droit civil"

La réception du Code par les juristes québécois n'a pas été immédiate. Bien que le Code fut vivement souhaité, son application ne fut ni immédiate, ni scrupuleuse. Ces attitudes sont le reflet de la tradition juridique du Bas-Canada que relaie la doctrine dont le rôle est important dans la formation de l'identité juridique québécoise, beaucoup plus que ne l'ont été, jusqu'au début du 20^e siècle, les juges. Le doute concernant l'autorité juridique du Code de 1866 dans son contenu et sa symbolique civiliste semble confirmé par les dispositions constitutionnelles qui ont immédiatement suivi la publication du Code. Si, en apparence, le nouveau Code de 1994 semble établir une continuité dans la façon de produire le droit au Québec, il semble pourtant que les méthodes pour déterminer le droit à appliquer aient été radicalement transformées, en particulier concernant la hiérarchie des normes.

Ainsi, pour l'interprétation du Code, Pierre-Basile Mignault, ancien juge de la Cour suprême, préconise le renvoi non pas aux travaux préliminaires, mais aux rapports des codificateurs qui "*ont été préparés et publiés en conformité de l'ordre de la Législature. Ils ont donc un caractère officiel. (...) Cependant le Conseil privé a le plus souvent négligé sinon refusé d'utiliser ce moyen d'interpréter le Code (...) [et] suit une autre pratique, qui est celle des tribunaux anglais, et qui exclut les opinions d'auteurs*."¹³⁸ L'auteur semble regretter que "*les opinions d'auteurs*" ne soient plus considérées à leur juste mesure. Il faut dire que l'ensemble des positions des commentateurs et des jurisconsultes a tenu un rôle essentiel dans la vie juridique et judiciaire du Québec. Ces

¹³⁶ NORMAND Sylvio, "Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise...", art. cit. note 126, p. 230.

¹³⁷ TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", op. cit. note 121, p. 22.

¹³⁸ MIGNAULT Pierre-Basile, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation", art. cit. note 125, p. 116-127. Il semblerait que cet auteur tienne différents discours selon qu'il s'exprime en tant qu'ancien juge à la Cour suprême ou qu'il fasse œuvre de doctrine et s'interroge sur l'intérêt des études de droit comparé. Nous retrouvons là les distinctions qui peuvent exister au sein du groupe des juristes qui, selon leurs fonctions, n'ont ni les mêmes représentations du droit, ni les mêmes objectifs. Pourtant, malgré ce qui nous paraît être un discours à double entrée, cet auteur semble être identifié par les juristes québécois et canadiens comme faisant partie de ceux qui "*s'acharnaient plutôt à limiter leurs discours à un corpus de sources bien définies*." HOWES David, "La domestication de la pensée juridique québécoise", *Anthropologie et sociétés*, 1989, vol. 13, p. 103-125, p. 103.

auteurs se déclarent pour la plupart, en cette fin du 19^e siècle, largement influencés par le courant de l'école de l'exégèse qui développe le culte du texte de la loi qui est le point de départ de toutes les interprétations. *"Il était presque inévitable que, en les fréquentant, les juristes québécois n'en viennent à adopter leurs méthodes d'interprétation et à accorder au texte du Code une attention dont il n'avait jusque-là jamais fait l'objet."*¹³⁹

Ici se pose, au-delà de la présentation du droit en code et des représentations du droit, la question de la nature des interprétations du contenu du nouveau corpus de règles. La question n'est pas évidente : *"puisque le Code ne changeait pas le droit, pourquoi les méthodes d'interprétation auraient-elles changé ?"*¹⁴⁰ Certes. De fait, au lendemain de la codification, la loi est censée indiquer la voie pour la plupart des juristes, cependant, dix-neuf ans après la publication du Code, *"les juges tenus de trancher une affaire de droit civil accordaient plus d'importance à la doctrine qu'à l'étude des dispositions du Code, allant même jusqu'à ignorer la lettre de la loi. Par la suite, ils modifient leur façon de faire et portent leur attention au texte des articles du Code. Dès lors, la doctrine perd sa prépondérance. Les sources du droit respectent désormais une hiérarchie plus stricte. (...) Ce changement correspond au passage d'une culture juridique fondée sur l'oral à une culture qui privilégie désormais l'écrit."*¹⁴¹ Les rôles respectifs attribués à la doctrine, au législateur et au juge ont évidemment trait à la relation instaurée entre le Droit d'un côté, et la Loi ou la décision de jurisprudence de l'autre. Cela revient à se demander ce qui représente le plus le Droit dans la province québécoise, la loi ou la jurisprudence ?

Cette question est au cœur des réflexions de tous ceux qui sont intrigués par les fonctionnements des deux cultures juridiques que sont la Common Law et la tradition civiliste. Au Québec, les deux influences ont marqué les modes d'interprétation juridique. Le passage d'une *"situation de polyjuralité"* qui a ensuite été réduite et appauvrie *"au profit d'un monisme légicentrique"*, selon les expressions de Pierre Issalys¹⁴², n'a pas empêché certaines influences de la Common Law dans les représentations et l'interprétation du droit. *"Une loi ne se présente pas formellement de la même manière selon qu'elle est française, québécoise, britannique ou américaine. Et il est à peine moins banal de rappeler que ces différences de techniques législatives en disent long sur la*

¹³⁹ MOREL André, "L'émergence du nouvel ordre juridique...", art. cit. note 131, p. 61.

¹⁴⁰ MOREL André, *ibidem*, p. 53.

¹⁴¹ NORMAND Sylvio, "Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise...", art. cit. note 126, p. 225-227.

¹⁴² ISSALYS Pierre, "La loi dans la culture juridique québécoise...", art. cit. note 120, p. 292. Le terme "polyjuralité" est en fait une traduction d'un mot de David Howes, "From Polyjurality to monojurality: the transformation of Québec law (1875-1900)", 1987, 32 McGill Law Journal, p. 523.

conception qu'on se fait de la loi."¹⁴³ Dans le processus législatif, y compris la codification, les pratiques et les discours des législateurs québécois donnent une impression d'ambivalence.

Au travers de l'interprétation du Code, c'est l'esprit du droit civil qui est avancé et défendu. *"La question posée est de déterminer si les règles d'interprétation propres du common law doivent servir à interpréter le Code civil ou si au contraire chacun des deux systèmes possède des règles d'interprétation qui lui sont propres. Les tenants de la seconde hypothèse bénéficient d'un appui majeur, l'ouvrage de Frédérick Parker Walton paru en 1907."*¹⁴⁴ Dans cet ouvrage, *Le domaine et l'interprétation du Code civil*, l'auteur met en évidence les raisonnements juridiques applicables au Code civil¹⁴⁵. Dans le même sens, Pierre-Basile Mignault, défenseur de la codification des lois civiles, en s'appuyant sur les travaux préparatoires du Code, est également de ceux qui soutiennent que le Code civil doit être interprété au regard des mécanismes propres à la culture juridique civiliste. *"Dans nos causes de la Province de Québec, les avocats quelquefois font feu de tout bois. Il leur arrive même d'appuyer leur argumentation sur des décisions anglaises ou américaines. J'ai toujours condamné cette pratique qui me paraît offrir des dangers pour l'intégrité de notre droit."*¹⁴⁶

On retrouve dans l'attitude de Pierre-Basile Mignault et de ses contemporains, celle développée également à l'occasion de la défense du régime seigneurial : les institutions juridiques considérées ne sont pas défendues exclusivement pour elles-mêmes, elles le sont surtout dans le contexte plus général de la protection de l'identité du Canada français. Ainsi, *"contrairement à ce que pourrait laisser croire une première lecture des textes des intégristes, ils ne désirent pas tant préserver le Code lui-même que la société. Pour eux, le Code est le reflet des préoccupations, du mode de vie, en un mot, de la culture des canadiens-français."*¹⁴⁷ Le droit civil est en effet présenté, au même titre que la langue française et la religion catholique, comme l'un des facteurs de la survie de la nation. *"L'attachement à l'ancien droit, c'est avant tout un respect sans borne*

¹⁴³ ISSALYS Pierre, *ibidem*, p. 289.

¹⁴⁴ NORMAND Sylvio, "Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil", *Revue de droit McGill*, 1987, t. 32, n° 3 (spécial "Histoire québécoise du droit"), p. 559-601, p. 575.

¹⁴⁵ WALTON Frederick P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, op. cit. note 87. Dans son introduction, l'auteur reconnaît que "[l']analyse des différents éléments qui composent le droit revêt une importance particulière dans cette province. Étant donné notre situation politique, il existe au départ pour l'avocat ou pour l'étudiant en droit, des difficultés qui ne se présentent pas dans des pays tels que la France et l'Angleterre." p. xi.

¹⁴⁶ MIGNAULT Pierre-Basile, "Le Code civil de la province de Québec...", art. cit. note 125, p. 131.

¹⁴⁷ NORMAND Sylvio, "Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec...", art. cit. note 144, p. 573.

pour la Coutume de Paris dont on vante le caractère raisonnable, la conformité à l'idéal chrétien et la qualité de rédaction."¹⁴⁸

Dans les années 1930, ces différentes positions sont d'autant mieux relayées que des revues de doctrine juridique commencent à être publiées dans la province québécoise (parmi elles, la *Revue du droit*¹⁴⁹) mais également parce que les sociétés juridiques, en particulier celles de droit comparé, trouvent un terrain privilégié au Canada. A cet égard, cette situation d'objet de recherche juridique pour les comparatistes est décriée par certains juristes québécois quand elle prône de meilleures relations entre les cultures juridiques, aux dépens de la défense de l'intégrité du droit civil. Les positions en faveur du "*maintien intégral du droit civil français*" au Québec ont suscité l'étonnement de juristes français des années 1930¹⁵⁰, mais continuent de provoquer des réactions non moins violentes chez les juristes québécois contemporains. Ainsi, plus récemment, dans les années 1980, Maurice Tancellin parle de "*mentalité d'assiégés*" et considère que "*la pureté du droit civil québécois est une fiction, et la crainte du métissage une stratégie.*"¹⁵¹ Dans ce débat relatif à la défense d'un système juridique, plusieurs questions se posent : non seulement celles liées au phénomène de l'acculturation, mais également celles qui posent la question de la nature véritable des pratiques juridiques québécoises. La notion "d'intégrité du droit civil" apparaît au cœur des réflexions des juristes au début du 20^e siècle ; mais on peut se demander si elle n'est pas seulement un discours tenu par les juristes qui ont déjà bien conscience du caractère hybride du droit appliqué au Québec.

¹⁴⁸ NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 570.

¹⁴⁹ L'autonomisation peu à peu en construction, par rapport aux influences juridiques étrangères, est illustrée par l'activité des tribunaux et celle des publications juridiques (de doctrine ou de jurisprudence) nationales dont le nombre augmente et qui complète, sans toutefois faire disparaître, le recours aux ouvrages étrangers, fortement utilisés par la communauté juridique "*pour combler ses besoins documentaires*". Malgré cet essor éditorial, Sylvio Normand précise qu'"il ne doit pas laisser croire à une production caractérisée par l'originalité. Les écrits des auteurs québécois présentent, durant une assez longue période, une forte dépendance à l'endroit des auteurs européens et américains qui leur servent souvent d'inspirations ou de modèles. (...) La longue dépendance à l'égard d'une production éditoriale européenne ne pouvait prendre fin que par étapes. Malgré cette réserve, le dynamisme de l'édition juridique québécoise est évident durant le dernier quart du siècle. Il constitue une preuve concluante de l'affirmation de la spécificité du droit québécois." NORMAND Sylvio, "Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise...", art. cit. note 126, p. 230.

¹⁵⁰ Voir les échanges de Pierre Lepaulle et Adjutor Rivard. LEPAULLE Pierre, *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, n° 4-6, 1924, cité par RIVARD Adjutor, "Contre-rendu sur le *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, n° 4-6, 1924", *Revue du droit*, 1925, 3, p. 233-235, p. 234. RIVARD Adjutor, "Contre-rendu de lecture relatif au *Traité théorique et pratique des trusts, en droit interne, en droit fiscal et en droit international* de Pierre LEPAULLE", *La Revue du droit*, 1932, n° 10, p. 511.

¹⁵¹ TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", art. cit. note 121, p. 23 et p. 25.

3) Hybridation du droit et interprétations des Codes de 1866 à 1994

Les discussions autour de la défense de "l'intégrité du droit civil" n'ont pas eu lieu à l'époque de la rédaction du code, mais bien après, au début du 20^e siècle. Il s'agit d'une reconstruction a posteriori de ce que représentent le droit et la culture juridique pour les juristes de l'époque. Ce courant de reconstruction s'explique par le contexte politique dans le Canada-Uni du début du siècle et par les conséquences de la codification sur l'attitude des juristes québécois : *"Avant cette rupture, les juristes formés avant 1866 étaient habitués à chercher le droit dans une multitude de sources ; le droit était alors universel. Il était naturel pour les juristes québécois de la fin du dix-neuvième siècle de se tourner vers les règles de la common law, qui faisaient partie de droit universel, tout comme il était naturel de vouloir exporter les règles d'inspiration civiliste aux autres provinces canadiennes."*¹⁵² Les juristes formés après 1866 ont perdu l'habitude, en apparence, de manipuler les sources juridiques différentes. En apparence seulement, car l'argumentaire qui consiste à prôner une "intégrité" du droit civil québécois ne peut être tenu bien longtemps au regard des pratiques juridiques. Avant de détailler les interprétations contemporaines du droit positif, montrons en quoi les méthodes d'interprétation du Code de 1866 n'étaient pas celles que l'on pouvait attendre d'un code, mais leur originalité mérite qu'on les suggère au regard de celles adoptées pour le Code de 1994.

Le Code de 1866 n'avait pas été conçu pour améliorer le fond du droit, mais seulement pour l'organiser et l'ordonner plus rationnellement. Cette volonté affirmée de rationaliser la présentation de la loi aurait pu être, en soi, une transformation de la culture juridique québécoise ; sauf que son application par les juristes de l'époque, elle, a continué de manifester ce qui caractérise avant tout la culture juridique québécoise, à savoir sa capacité de dialogue entre les cultures juridiques et les sources du droit. En effet, dans son article stimulant, *"La domestication de la pensée juridique québécoise"*, David Howes nous met en garde *"de ne pas se faire piéger par les apparences. Car, alors, le Code revêtirait l'aspect d'un 'livre fermé' constitué de la source complète de tout le droit civil du Québec. Mais telle ne fut pas l'interprétation des codificateurs ni de leurs contemporains. Le Code était pour eux un 'livre ouvert'."*¹⁵³ Qu'est-ce à dire ? Il traduit par "livre ouvert", le fait que les utilisateurs du Code de 1866 n'ont pas arrêté de se référer aux multiples sources qu'ils avaient à leur disposition pour interpréter et appliquer le droit, même si celui-ci venait d'être codifié. Ainsi, en *"nomades juridiques"*, ils utilisent les sources émanant des traditions romaines, françaises mais également

¹⁵² *Revue de droit McGill*, 1987, t. 32, n° 3 (spécial "Histoire québécoise du droit"), p. 559-601, préface, p. ii.

¹⁵³ HOWES David, *"La domestication de la pensée juridique québécoise"*, art. cit. note 138, p. 109.

anglaises et américaines ; la codification ne présente pas un frein à *"la méthode nomade d'interprétation de la loi"*, bien au contraire, dans la mesure où le Code renferme la diversité de ses sources juridiques.

D'ailleurs, selon le même David Howes, *"la notion de hiérarchie des sources n'existait pas pour les juristes du 19^e siècle. Ceci expliquerait pourquoi ils ignoraient si souvent ce qui était déclaré de façon explicite dans le Code, cherchant à trouver des arguments convaincants plutôt que des textes portant le sceau de la législature."*¹⁵⁴ Dans ce cas, que dire de l'attitude des juristes qui défendaient l'intégrité du droit civil ? Il semblerait que ces auteurs, Pierre-Basile Mignault en tête, tenaient un discours qui n'était pas en concordance avec la réalité des pratiques, mais qui participait de la culture juridique québécoise qui, entre les deux guerres mondiales, refoulait tout éclectisme de la pensée. Quoique le discours sur l'intégrité du droit ait été en contradiction avec les pratiques juridiques, le formalisme qu'il prônait a perduré dans la pensée juridique québécoise. Le Code de 1994 et l'interprétation dont il est l'objet semblent d'ailleurs le confirmer.

Les interprétations du texte codifié de 1994¹⁵⁵ ont adopté une tout autre logique : elles ont délaissé les pratiques "nomades" pour celles propres à la culture de l'écrit, or, l'écrit entrave considérablement la possibilité d'utiliser des sources et des argumentaires hétérogènes. A ce propos, David Howes établit un lien entre *"l'oralité et l'hétérogénéité et entre la textualité et l'homogénéité"* et considère que la transition de la culture de l'oralité à celle de l'écrit correspond *"au déclin du dialogue qui résulte toujours de la pénétration de l'esprit par la logique de l'écriture."*¹⁵⁶ Ainsi, le Code est-il une rationalisation de la présentation du droit mais nous avons vu qu'il a des conséquences sur la manière plus globale de le penser. Le Code rend le droit plus "praticable" au sens où tout est rassemblé dans un texte et permet une lecture immédiate du droit

¹⁵⁴ HOWES David, *ibidem*, p. 116.

¹⁵⁵ Les travaux de l'office de révision du Code civil québécois débutent au lendemain de la "Révolution tranquille" et le rapport final est remis en 1977 pour la préparation du projet de loi. L'office de révision était présidé par Paul-André Crépeau. Son code civil commenté constitue la base de la culture juridique contemporaine des jeunes juristes québécois. La présentation et le fonctionnement de l'ouvrage sont révélateurs du raisonnement adopté : le caractère mixte est délibérément occulté et il n'est plus fait allusion aux méthodes d'interprétation mixte qui ont eu cours durant le 19^e siècle.

¹⁵⁶ HOWES David, "La domestication de la pensée juridique québécoise", art. cit. note 138, p. 113 et 105. Dans ce même article, il désigne l'attitude mise en œuvre dans le Code de 1994 sous l'expression *"Il n'y a pas de hors texte"* (p. 117) en l'opposant aux différentes méthodes d'interprétation et de lecture mises en œuvre au 19^e siècle par trois juristes qui proposaient des "modes d'emploi" du Code de 1866 : sous forme de dialogue pour celui de E. Baudry *Questionnaire annoté du Code civil du Bas Canada* de 1872 ou celui de C. Lorimier et C. Vilbon, *La bibliothèque de Code civil*, publié en 1871 dont les auteurs donnaient sur chaque article du Code, les arguments de discussions des différentes cultures juridiques du droit romain au droit américain en passant par les droits français et anglais. Le Code n'était pas tout le texte, "le hors-texte" était explicitement possible, voire même, recommandé, il est sûrement encore envisageable aujourd'hui, mais c'est un discours devenu implicite mais révélé dans et par les pratiques.

moins complexe en terme de lisibilité, mais plus complexe, donc finalement moins intelligible, dans sa compréhension profonde : en effet, le travail de recherche des sources et de discussion entre les cultures juridiques ayant disparu, le contenu juridique du Code risque de devenir complètement hermétique, ce que la manipulation des sources diverses permettait d'éviter. Cet état de fait est au cœur des discussions de la doctrine juridique québécoise contemporaine¹⁵⁷.

Outre les caractéristiques liées aux types de raisonnement, et à l'état d'esprit des différents types d'acteurs juridiques de la fin du 19^e siècle, l'introduction de différentes notions, spécifiquement de Common Law, telles que la liberté illimitée de tester ou la fiducie que nous examinerons en détail, est révélatrice de l'interpénétration des deux cultures juridiques ; ce qui conduit à s'interroger sur la nature mixte ou non du droit québécois. De plus, la présentation du contenu du Code ne suffit pas en soi à identifier la nature du droit qui sera finalement appliqué. En effet, le mode d'interprétation au moment où il faut pratiquer le droit est une variable importante. Ainsi, un même principe peut donner des résultats tout à fait différents selon les interprétations et le raisonnement utilisé par les professionnels du droit – pensons notamment à l'attitude du juge – variables selon la tradition juridique d'origine. En dépit des discours des juristes du début du 20^e siècle, une certaine mixité semblerait donc bien exister dans le droit québécois, tant du point de vue du fond du droit que des méthodes d'interprétation¹⁵⁸.

¹⁵⁷ BELLEY Jean-Guy, "Paradigmes et innovations : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques", *Revue canadienne Droit et société*, 1994, n° 9, p. 163-179 ; voir aussi ATIAS Christian, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal : Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec McGill Legal Studies, 1990, n° 6, 164p (notamment p. 16-55 sur la culture juridique mixte) ; et BELLEY Jean-Guy, "La pensée juridique positiviste et ses tourments", MELKEVIK Bjarne, *Transformation de la culture juridique québécoise*, op. cit. note 126, p. 237-244 ; MELKEVIK Bjarne, "Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques", MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, ibidem, p. 14-15.

¹⁵⁸ Précisons avant de rentrer dans le détail, que la question de la mixité du droit québécois ne se pose que pour le droit privé. Le droit public de l'ensemble des provinces canadiennes, lui, relève de la compétence fédérale depuis 1867 et pose des difficultés moindres ou, du moins, celles de nature constitutionnelle dans un État fédéral. "On pense souvent que la common law est le droit privé anglo-saxon. On affirme alors que le Québec est une province "de droit civil", d'origine et d'esprit français, les neuf autres provinces étant des provinces "de common law". En fait, la common law est, en système de tradition britannique, le droit jurisprudentiel, privé ou public. Étant donné les origines du droit public québécois, ce droit est "de common law", comme partout ailleurs au Canada. Ce n'est donc qu'en droit privé que le Québec est une province de droit civil, différente des autres du point de vue du développement des sources du droit." BRUN Henri et TREMBLAY Guy, *Droit constitutionnel*, Cowansville : Yvon Blais, 2001, 1425p, p. 26. De fait, la transplantation par les Britanniques de leurs lois politiques a réussi. Cette différence avec le droit privé rend la situation d'autant plus complexe que le cadre constitutionnel dans lequel se déroulent la rencontre et les échanges des deux cultures juridiques en matière de droit civil, est lui, de forme et d'esprit, de tradition de Common Law... que ce soit dans l'organisation parlementaire, mais également dans l'organisation judiciaire où sont pourtant interprétés les deux types de droit, droit civil et Common Law. Il nous faut donc nous pencher sur la façon dont les juristes québécois perçoivent leur droit, tâche délicate s'il en est.

La question est de déterminer si le droit appliqué suite à cette codification, est de nature civiliste ou de Common Law. Pour tenter d'y répondre, il est nécessaire de s'intéresser non seulement au contenu du Code, mais également à la façon dont les hommes de droit l'ont appliqué depuis 1866 jusqu'en 1994, nouvelle date de rupture dans l'histoire juridique du Québec avec l'adoption d'un nouveau Code civil. Une des conclusions relatives aux modes de raisonnement et d'interprétation du Code civil de 1866 dans l'application qui en a été faite au début du 20^e siècle conduit à l'application du *stare decisis*, modalité relevant du registre "Common lawien", au droit privé québécois. Identifier l'application du principe du *stare decisis* ou du précédent dans les pratiques des juges québécois¹⁵⁹ permet de mesurer le rôle attribué à la jurisprudence, et au-delà, à l'influence des raisonnements relevant de la Common Law.

Le principe du précédent conduit un juge à décider, dans l'affaire qui lui est soumise, de la même manière que dans une affaire antérieure sur des faits identiques jugés par un tribunal de même niveau ou supérieur. La décision de référence peut ainsi être très ancienne, elle-même basée sur la Common Law ou rendue en équité¹⁶⁰. C'est le principe du précédent qui fait dire qu'en Common Law, la jurisprudence est une source du droit à proprement parler ; cette question ne suscite aucunement les débats relatifs au poids normatif que devrait prendre ou pas la jurisprudence en tant que source du droit comme c'est le cas en France. Le principe du précédent qui serait propre au Common Law, est néanmoins parfaitement compréhensible dans la culture juridique civiliste, dans la mesure où l'état de la jurisprudence ne peut être méconnu par les tribunaux et cours. La différence se situe au niveau de l'intensité et de l'autorité de la décision jurisprudentielle dans les deux cultures juridiques¹⁶¹. En effet, la règle du précédent "*réintroduit une certaine dose de stabilité dans un système essentiellement caractérisé par sa mutabilité*"¹⁶²,

¹⁵⁹ Il faut préciser que la doctrine du *stare decisis* n'a pas encore pris forme au Bas-Canada au moment de la codification en 1866. A cette date, l'idéologie appliquée est celle de la "jurisprudence constante" tirée de l'ancien droit ; les juges et les avocats ne citent pas les précédents anglais, et fondent leurs décisions et leurs plaidoiries sur les ordonnances et la loi, refusant de se plier aux autorités jurisprudentielles et doctrinales. MORIN Michel, "La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866", art. cit. note 100, p. 11.

¹⁶⁰ La distinction correspond à l'ancienne division entre les cours de Common Law et la cour de la chancellerie qui se chargeait de rendre la justice quand les cours de Common Law n'étaient pas en mesure de la rendre. L'harmonisation entre les deux corps de règles fut achevée par les *Judicature Acts* de 1873-1875 qui ont permis la fusion du Common Law et de l'*equity*. A partir de cette date, tous les juges ont dû prendre en compte toutes les règles de Common Law et d'*equity*.

¹⁶¹ Dans ce cas, on peut se demander si la jurisprudence en Common Law n'aurait pas la force et l'autorité juridique de ce qui est désigné comme "loi" en pays de tradition civiliste, cette remarque étant faite en se référant non pas à l'auteur de la source mais à son contenu. Ainsi, pour commenter le principe de l'autorité du précédent, "*il est explicitement reconnu par André et Suzanne Tunc comme moyen de "donner à la common law la stabilité que les droits continentaux tirent de leur caractère législatif". Au bout de la logique de ce principe d'autorité des précédents, il y aurait (...) un "droit de structure quasi-législatif."*" TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 205p, p. 182.

¹⁶² TIMSIT Gérard, *ibidem*, p. 122.

puisque la règle du précédent permet de distinguer des jugements qui font autorité et doivent impérativement être suivis de ceux qui ne sont pas obligatoires¹⁶³.

Cependant, l'autorité de la jurisprudence dans les traditions de Common Law n'est pas synonyme d'une liberté totale pour le juge ; il pèse sur lui des contraintes liées à la politique jurisprudentielle ; ce constat oblige à revoir les représentations, surtout en tant qu'observateur de tradition civiliste, que l'on pourrait avoir des principes qui régissent la Common Law. En effet, le *stare decisis* est fortement relativisé par le fondement du droit en Common Law : le caractère déclaratif des décisions de justice qui ne font en définitive que proclamer un droit préexistant. Ce caractère déclaratif atténue mécaniquement l'autorité du juge qui a en fait une marge de manœuvre plus faible que celle colportée par la mythologie juridique. Nous voudrions ici souligner deux décalages : un premier entre l'image du juge de Common Law et son pouvoir réel ; un second entre ce pouvoir nuancé du juge et le rôle de la jurisprudence qui, elle, n'en reste pas moins de grande autorité dans la Common Law. En d'autres termes, ce n'est pas le juge qui procure son autorité à la source jurisprudentielle, celle-ci trouve son autorité en elle-même¹⁶⁴.

Si le principe a longtemps été, de la part des professionnels bas-canadiens, de manifester dans la jurisprudence une grande réticence à l'égard du principe du précédent, et si la doctrine est contradictoire sur la question, dans les faits, il semblerait que la règle du précédent soit intégrée dans le mode de raisonnement jurisprudentiel, et soit même obligatoire en ce qui concerne l'interprétation d'un article du Code, et ce, même avant la décision de la Cour suprême de 1932¹⁶⁵. La doctrine de l'époque, y compris Pierre-Basile Mignault, pourtant défenseur de

¹⁶³ BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Montréal : Carswell, 1997, 656p, p. 69, (notamment le chapitre "La règle du précédent").

¹⁶⁴ Ronald Dworkin, à propos du rôle du juge, attire notre attention sur les discussions relatives au travail du juge lors de grands procès et se demande si "*les juges "découvrent" la loi qu'ils énoncent, ou s'ils "l'inventent", et si "l'invention" de la loi est habilitée politique ou tyrannie.*" Il poursuit en admettant qu'"il est indéniable que les juges *"établissent une nouvelle loi"* chaque fois qu'ils statuent sur un cas important. (...) Mais en général, ils présentent ces *"nouveaux"* énoncés juridiques comme autant d'améliorations pour rendre ce qu'est déjà la loi, si elle est bien comprise. En d'autres termes, ils disent que la nouvelle formulation est imposée par une bonne perception des véritables fondements du droit même si elle n'a pas été reconnue auparavant, ou même si elle a été niée. Ainsi, le débat d'opinion quant à savoir si les juges *"découvrent"* ou inventent la loi porte en réalité sur le fait de savoir si cette prétentieuse ambition est vraie, et quand elle l'est." DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, Paris : PUF, coll. Recherches politiques, 1994 (1^{er} éd. *Law's Empire*, Cambridge, Mass : Belknap press, 1986), 467p, p. 6.

¹⁶⁵ Ce n'est qu'au début du 20^e siècle, en 1932, que la doctrine du *stare decisis* est reconnue, par la Cour suprême, comme étant applicable à toutes les décisions quelle que soit la province d'où vient l'appel. *Daoust v. Ferland*, 1932 RCS 343, p. 351 par le juge Anglin, cité par TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", art. cit. note 121, p. 13.

l'intégrité du droit civil, reconnaissait que sur la question du précédent, le droit québécois était plus proche du droit anglais que du droit français¹⁶⁶.

Ainsi, si certaines résistances ont été exprimées à l'égard de cette technique jurisprudentielle, il semblerait que déjà, elle faisait partie prenante des habitudes des juges québécois. Une habitude qui s'est maintenue dans le Québec contemporain, mais semble-t-il, sans prendre en compte les évolutions que le principe a connues dans la doctrine de Common Law où, comme nous l'avons signalé, il a été nuancé au regard du principe déclaratoire. Ainsi, de manière paradoxale, *"la doctrine du précédent telle qu'elle est comprise au Québec, permet au juge de remplir un rôle sans commune mesure avec celui que la doctrine anglaise lui confère."*¹⁶⁷ Le plus souvent, la solution du cas de l'espèce est assimilée à la règle abstraite ; cette attitude du juge québécois, si elle était généralisée, n'aurait rien de choquant, elle serait simplement le reflet d'un phénomène d'appropriation d'une technique de Common Law par des juges traditionnellement civilistes, mais qui "opèrent" dans un environnement de Common Law. Mais elle impliquerait alors de s'interroger plus précisément sur la hiérarchie des normes, et notamment sur l'interprétation qui est faite de la loi, en particulier celle codifiée qui régit le droit privé.

La tradition de codification a été poursuivie. Pour autant, l'un des objectifs affichés des tenants de cette tradition, à savoir la protection de la soi-disant intégrité du droit civil, n'est pas assuré d'être atteint, loin de là. Pourquoi ? Ici, on retrouve le décalage entre représentations, discours et pratiques sur lequel nous avons déjà insisté. Le décalage en question a de vraies incidences sur la pratique du droit : dans le cas québécois, il est essentiel pour appréhender le mouvement qui s'opère, sous nos yeux, dans l'esprit du droit. En d'autres termes, selon toute vraisemblance, ce n'est pas la codification qui pourrait défendre, comme le ferait un rempart, l'esprit du droit civil, mais l'étude en profondeur de la cohérence des pratiques du droit actuellement mises en œuvre dans la province canadienne. A la limite, on peut se demander si l'effet du code ne pourrait pas même être exactement le contraire de celui escompté ; la codification, en accentuant encore un

¹⁶⁶ *Revue du barreau canadien*, 1925, (3), p. 11-12.

¹⁶⁷ TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", art. cit. note 121, p. 31. Dans le même sens, Bjarne Melkevik considère que le positivisme juridique québécois se distingue par son *"arrimage entre le positivisme, comme théorie doctrinale, et la jurisprudence comme écriture doctrinale. (...) La jurisprudence québécoise n'est, en effet, pas uniquement une écriture jurisprudentielle, à savoir un dire-droit, elle est aussi une écriture doctrinale. Elle ne prononce pas uniquement le droit en l'espèce ; elle décrit également le phénomène du droit. En fait, la jurisprudence québécoise tend, surtout en matière civile, à sortir du modèle du syllogisme judiciaire pour pratiquer le raisonnement discursif et descriptif, caractéristique de la common law."* MELKEVIK Bjarne, "Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques", art. cit. note 157, p. 14-15.

peu plus la distance avec la complexité du réel, accroît le décalage entre discours et pratiques, par l'intermédiaire des représentations. Jusqu'à quelle limite ce décalage peut-il être tiré ? Poussée à son extrémité – formule qui reflète en soi une représentation – cette situation juridique est-elle tenable sur un long terme ?

A cet égard, l'attitude des juristes québécois contemporains, comme nous l'avons signalé pour celle des historiens, ne manque pas d'ambiguïté. *"Le Code civil du Québec marque la condamnation du pluralisme par la répression qu'il opère d'un élément fondateur et toujours déterminant de la société québécoise par une négation planifiée de l'histoire."*¹⁶⁸ Il s'agit en effet pour certains de se convaincre, consciemment ou pas, que le droit québécois ne dépend que de la seule francophonie ; l'histoire démontre qu'il n'en est rien et que *"son contenu dépend d'un enchevêtrement d'influences linguistiques. Le refus de ces différentes créances, c'est-à-dire l'ampleur de l'écart entre re-présentation officielle de la réalité et ce que serait cette même réalité, s'explique par le fait que le Code civil du Québec est devenu un outil toujours plus nationaliste"*.¹⁶⁹ Ces commentaires s'inscrivent dans la continuité de nos développements sur la culture juridique québécoise et nous y adhérons en grande partie au regard de la manière dont le Code de 1994 a été élaboré. On peut souligner le rôle qu'ont, ou pourraient avoir, les professeurs de droit sur le contenu et la façon de le percevoir par les nouvelles générations de juristes et ce, pour *"reconnaître et interpréter les changements de leur environnement"*¹⁷⁰ et des pratiques juridiques afférentes à ces mutations.

Nous venons de constater quelques-uns des points de contact des différentes cultures juridiques pour le Québec en particulier au travers de la codification. Au Sénégal, cette rencontre et ses implications dans les pratiques s'observent particulièrement dans le processus engagé pour établir

¹⁶⁸ LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p, p. 52.

¹⁶⁹ LEGRAND Pierre, *ibidem*, p. 52. Notons que les analyses relatives à la voie qu'emprunte cette culture juridique sont empreintes des propres représentations de son auteur, où il est parfois difficile de faire la part du juridique et du politique, de l'objectif et du subjectif, voire du vrai et du faux – le parallèle entre "juridique" et "objectif" n'est d'ailleurs pas toujours établi dans la mesure où nous savons combien le droit peut ne pas être objectif. Les commentaires de l'auteur en p. 55 laissent apparaître la difficulté de préciser ces frontières. Le Code serait pour Pierre Legrand *"un montage plus ou moins transparent visant à faire accepter l'idée selon laquelle le code serait un produit authentiquement francophone. (...) A quel impact un code peut-il prétendre sur une société donnée ? En l'espèce, l'effet recherché par le Code civil du Québec se veut double : la minoration du fait anglophone au Québec et la promotion d'un sentiment d'autarcie parmi la communauté franco-québécoise même. (...) Ce code trompe la société dont il prétend être le reflet en lui faisant croire à une homogénéité qui n'existe pas. (...) Un droit demeure immergé dans son histoire. Bel exemple de dissonance cognitive (entre la communauté juridique et la société québécoise) qui passe malencontreusement par un retour insidieux à une politique obscurantiste marquée au coin du refoulement."*

¹⁷⁰ BELLEY Jean-Guy, "Paradigmes et innovations : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques", art. cit. note 157, p. 165.

la propriété des terrains occupés et plus généralement pour importer l'ensemble de l'arsenal juridique français, y compris les rouages étatiques que les juristes sénégalais ont intégrés dans leurs propres pratiques.

§ 2 : *Interprétations des institutions importées au Sénégal : propriété et État*

Ces développements sur l'introduction de la propriété ne sont pas sans ambiguïté. Dans le détail des logiques qui y président, notre propos n'est en aucun cas de démontrer qu'il fallait exporter le contenu de l'article 544 et son lot d'interprétations. La présentation des textes et surtout l'exposé de leurs difficiles applications doivent se lire comme des éléments permettant de traduire les décalages entre la politique juridique coloniale et sa mise en œuvre effective. L'instauration de la généralisation de la propriété a débuté dès le début de l'installation des ressortissants français à qui le Code civil, introduit au Sénégal en 1830, s'est appliqué en raison de leur citoyenneté. Pour comprendre comment l'immatriculation a été interprétée et reçue par les populations, il est nécessaire de considérer l'état d'esprit dans lequel elle a été introduite par les autorités coloniales (A). L'immatriculation qui introduit une manière particulière de concevoir et de pratiquer la propriété, est diffusée dans le contexte général de formation de l'État colonial qui annonce la structure de l'État sénégalais indépendant envers lequel les différents acteurs locaux ont des attitudes à la fois de rejet mais également d'attraction (B).

A : La procédure de l'immatriculation : interprétations de la propriété et tentatives d'application

L'immatriculation a été introduite par le décret foncier du 24 juillet 1906¹⁷¹. Le système de l'immatriculation est appliqué en France pour assurer la sécurité des transactions immobilières. Il est parfois appelé "système Torrens" du nom du directeur du Domaine en Australie qui, en 1858, l'a généralisé dans la colonie britannique. Le système australien a pour vocation "*la mobilisation de la propriété et du crédit foncier au moyen d'une procédure de purge destinée à associer et à fixer la propriété d'une manière irrévocable à l'égard de tous et d'un système de publicité hypothécaire ayant pour but de faire connaître exactement la situation juridique du sol, l'étendue des droits réels et des charges qui le grèvent.*" Ce passage est extrait d'une des études

¹⁷¹ Décret du 24 juillet 1906 portant organisation du régime de propriété foncière dans les colonies et territoires de l'AOF, BOC p. 681.

préparatoires datant de 1899¹⁷² qui mesure les avantages et inconvénients que pourrait avoir l'instauration de ce système au Sénégal. Les conclusions de cette étude ne sont pas favorables à son introduction, en raison, selon l'auteur, d'abord, d'un autre système déjà en place, celui du Code civil, ensuite du constat d'échec des mesures qui ont déjà cherché à instaurer la propriété, enfin, du contexte socio-économique propre au Sénégal où le commerce prend une part essentielle dans les activités. Reconnaisant la fonction agricole comme moyen de subsistance familiale, l'auteur évoquait sa crainte de voir tous les petits exploitants dépossédés soudainement, sous prétexte de ne pas avoir procédé aux formalités de l'immatriculation. Cependant, malgré ces réserves, le régime de l'immatriculation fut introduit dans la colonie du Sénégal en 1900 et dans l'ensemble de l'AOF en 1906. Après avoir rappelé le contenu du dispositif de l'immatriculation (1), interrogeons-nous sur les modalités d'application et le degré d'influence parmi les populations de ce système qui semble n'avoir pas eu les résultats escomptés par les autorités (2).

1) Dispositif législatif et interprétations des acteurs juridiques

L'instauration du système d'immatriculation s'inscrit dans une logique qui tend à "*accélérer la mutation du droit oral en droit écrit*"¹⁷³. Dans cette perspective, l'article 4 du décret du 24 juillet 1906 dispose que "*l'immatriculation, exceptionnellement est obligatoire (...) dans le cas où un immeuble, détenu jusqu'à là dans les formes admises par la coutume indigène, doit faire, pour la première fois, l'objet de convention écrite, rédigée en conformité des principes du droit français.*" L'objectif du décret est "*l'admission – pratiquement réalisée – de la propriété indigène au bénéfice du nouveau régime (...).*"¹⁷⁴ Ainsi, l'article 89 de ce décret permet aux "*détenteurs coutumiers de consolider leurs droits d'usage et de se voir reconnaître des droits de disposition analogues à ceux des Français.*" Le dispositif est accessible à tous et facultatif, conformément à la vision libérale de la propriété adoptée. A la lecture du texte, un des apports importants est la reconnaissance de droits collectifs à l'article 58 du décret qui permet la demande "*d'un ou plusieurs détenteurs*". Le système transforme un statut personnel de la terre en statut réel et

¹⁷² "Étude sur les conditions d'application possibles du régime du *Torrens Act* au Sénégal alors colonie de bien minime importance", cette étude a été élaborée par un conseiller à la Cour du Sénégal en juillet 1899 à la demande du département des colonies pour mesurer l'intérêt que le système pourrait avoir pour le Sénégal, cité par DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, 2001, document polycopié de l'UMR "Dynamiques du droit", 1220p, p. 1023.

¹⁷³ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali. Un aspect juridique du développement économique*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 1976, 2 t., 459p, p. II-86. L'année 1906 est un moment important de ce processus puisque, outre l'immatriculation, est publié le décret du 6 mai 1906 instituant un mode de constatation écrite des conventions passées entre indigènes dans la colonie de l'AOF.

¹⁷⁴ Instructions du 26 octobre 1906 pour l'application du décret du 24 juillet 1906 du Gouverneur général de l'AOF, JOAOF p. 597, cité par ROCHEGUDE Alain, *ibidem*, p. II-93.

permet "de donner à la propriété immobilière une base certaine et à assurer la sécurité des transmissions des droits réels."

Comme préalable à l'immatriculation en tant que telle, l'exactitude et les conditions de détention du terrain étaient attestées par un certificat du maire ou de l'administration. Les critères requis pour la délivrance du certificat ont posé des difficultés ; l'interprétation des conditions de détention des terres soulignait la différence des représentations. L'article 65 expose les critères de qualification et les modalités techniques en prévoyant la délivrance de ce certificat administratif. La délivrance de celui-ci a soulevé des difficultés que le gouverneur général de l'AOF Carde essaie de résoudre dans la circulaire du 4 décembre 1924 adressée aux Lieutenants-Gouverneurs des colonies¹⁷⁵. Dans ce texte, il rappelle que *"le certificat n'est que la constatation d'une situation de fait [et] n'est que l'introduction de la procédure d'immatriculation"* puis, précise l'interprétation que l'administration doit adopter pour évaluer la nature de l'emprise. Ses caractéristiques résident dans la *"continuité"* d'une *"occupation effective"* et de sa *"mise en valeur sans contestation de la part des tiers"*, mise en valeur qui, selon les localités, peut se traduire par la construction d'une habitation ou l'exploitation agricole de la terre après défrichement. Carde insiste sur le fait, *"lorsque les droits invoqués par les indigènes ne sont pas parfaitement établis, d'examiner avec bienveillance leur requête et de ne pas nous opposer à l'immatriculation si nous avons la conviction que l'intéressé s'est installé sur la terre avec le désir de la faire fructifier et de s'y installer."*

On retrouve ici, pour les immatriculations, les enjeux que représentent les "terres vacantes et sans maître" : elles étaient convoitées par l'État dans sa politique de maîtrise du sol ; les droits qui y sont afférents sont niés dans les politiques d'immatriculation. Dans la pratique, l'administration fit preuve d'une grande rigueur pour apprécier si les droits coutumiers étaient susceptibles d'être transformés en droit de propriété. En définitive, en dépit du contenu des textes, les considérations sur le domaine éminent de l'État constituaient encore un obstacle aux propositions de reconnaissance des droits locaux par les décrets-lois qui étaient nuancées voire anéanties par les interprétations de la jurisprudence et de l'administration. Pourtant, dans les

¹⁷⁵ Circulaire du 4 décembre 1924 relative aux certificats administratifs délivrés par application de l'article 65 du décret du 24 juillet 1906, 8p. Dans cette circulaire, le gouverneur Carde tente de résoudre les difficultés d'application du décret de 1906 consécutives aux *"divergences d'interprétation"* pour l'établissement de ces certificats. Dans ce texte d'une dizaine de pages, il présente son interprétation des droits indigènes : *"la conception de la propriété dans le sens français n'existait pas ; seul l'usage de la superficie importait, car il créait pour l'occupant un droit reconnu par la coutume, celui de la disposition des fruits"* et de conclure, au regard des procédures d'immatriculation qu'*"il y a donc en réalité concordance entre les "droits d'usage" ainsi définis et reconnus par la coutume et les "caractères de la propriété" dont fait état le législateur."*

débuts du 20^e siècle, les administrateurs, les législateurs et la doctrine ne défendent pas les mêmes positions ; ces différents professionnels du droit n'ont pas les mêmes perceptions de l'action politique qui doit être menée dans les colonies.

Le décret-loi de 1906 s'inscrit dans un contexte idéologique plus favorable aux droits des autochtones. Cet état d'esprit est à la fois celui des auteurs de la doctrine et de certains représentants des autorités administratives en place. On peut noter là encore le décalage des mentalités qui existaient entre les autorités métropolitaines et celles en prise directe avec les difficultés à résoudre sur place dans la colonie : les circulaires interprétatives des décrets fonciers des gouverneurs généraux de l'AOF successifs expriment les hésitations relatives aux applications des différents décrets, notamment en précisant la manière de considérer les droits traditionnels et la vision qu'ils peuvent en avoir. La doctrine, ou du moins une partie de celle-ci, considérerait qu'il n'y avait pas lieu d'accumuler les mesures pour instaurer la propriété. On peut noter ce commentaire éclairé de Dareste dans la revue du même nom au lendemain du décret de 1906 : "*Nous nous permettons seulement, d'exprimer le vœu que l'administration française renonce – si elle l'a jamais conçu – à l'espoir chimérique de fonder la propriété individuelle par voie de concessions administratives. Elle se constituera, si elle doit se constituer.*"¹⁷⁶ Quant à la jurisprudence, plus lente pour opérer des revirements sur les questions d'application du droit dans les contextes coloniaux, elle est également amenée à revoir peu à peu sa position sur la question de l'État subrogé aux anciens souverains, mais les décisions prises sont toujours très imprégnées des conceptions domaniales : en reconnaissant une souveraineté élargie à l'État, en vertu du domaine éminent, elle ne permet que des occupations précaires du sol.

Les conséquences de l'instauration du régime de l'immatriculation ont été de faire coexister deux systèmes qui s'avérèrent incompatibles. Sur les différents immeubles présents sur le sol sénégalais, deux situations se présentent. La première concerne les immeubles anciennement régis par le Code civil. Pour ceux-là, le passage à l'immatriculation ne change pas les principes généraux, les deux régimes relevant de la même culture juridique. En revanche, les biens immeubles anciennement régis par le droit traditionnel sont, après immatriculation, régis par un régime très différent de ce à quoi ils étaient jusqu'alors soumis. Plus, certaines règles sont radicalement opposées et même contradictoires. Il en va ainsi, par exemple, des mesures qui permettent la disposition du bien. Cette mesure qui entre dans la logique de la consolidation des

¹⁷⁶ DARESTE cité par DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie...*, op. cit. note 172, p. 1025.

droits coutumiers, est difficilement conciliable avec le droit traditionnel des terres qui ne permet pas l'exo-transmissibilité. Notons, cependant, que le fait qu'un droit soit permis, en l'occurrence ici immatriculer sa parcelle, n'oblige pas qu'il soit effectivement mis en œuvre. Cette mixité des règles à l'intérieur d'un même régime annonce les nuances nécessaires pour interpréter les difficultés d'application et les litiges nés de la pratique de la réforme relative à l'immatriculation.

2) L'échec du système d'immatriculation de 1906 et les adaptations de 1925 et 1932

Dans l'ensemble de l'AOF, très peu d'immatriculations ont été demandées. Outre dans le cas de Madagascar où certaines sont établies, dans les deux pays où le nombre est le plus important, le Sénégal et le Dahomey, les résultats restent quasi nuls. Plusieurs phénomènes expliquent cette situation. Remarquons que si "échec" il y a, il est considéré comme tel par les autorités au regard des objectifs auxquels elles aspiraient par la mise en place des politiques d'introduction de la propriété dans les colonies. En revanche, d'un point de vue anthropologique, ces résultats ne sont ni surprenants, ni ne peuvent être qualifiés d'échec : ils entrent dans la logique des choses. Tout résulte de l'incompatibilité entre les représentations de l'espace, du droit, et du droit appliqué à cet espace, incompatibilité pourtant perçue par quelques auteurs, tels que Dareste ou Penant¹⁷⁷, dès le début du siècle, mais qui, en raison de leur vision "avant-gardiste", ont été peu écoutés.

De plus, les populations n'étaient le plus souvent pas informées de la procédure, et si elles l'étaient, elles n'y trouvaient pas d'intérêt. Pour ceux qui ont franchi le Rubicon, surtout dans les centres urbains, restaient les blocages liés aux interprétations juridiques des différents acteurs du circuit administratif et judiciaire. En effet, du point de vue de la technique juridique, le véritable point d'achoppement a été la délivrance du certificat administratif, censé initier la procédure d'immatriculation. Plusieurs arrêts de la cour d'appel de l'AOF des années 1915-1916 illustrent le caractère restrictif des interprétations relatives aux contenus des droits traditionnels. Les certificats étaient délivrés à la condition qu'aucun autre droit ne soit opposable. Les arrêts de la Cour remettaient en cause la légitimité des droits revendiqués, en évoquant l'argument selon lequel les terrains visés étaient considérés comme relevant du domaine éminent de l'État subrogé. La Cour contestait les droits revendiqués dont la légitimité avait été pourtant reconnue par certificat administratif du maire, quand le représentant de l'État n'avait pas été consulté : le

¹⁷⁷ Penant considère qu'en matière foncière, on a agi "*à la diable, imposant arbitrairement les institutions métropolitaines*" et "*une législation boiteuse*", sans se soucier "*ni de la mentalité des indigènes, ni de leurs coutumes*", Recueil Penant, 1908, p. 33-48, cité par DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie...*, op. cit. note 172, p. 1019. Pour Dareste, voir texte correspondant à la note de bas de page précédente.

terrain ne pouvait donc plus faire l'objet d'immatriculation pour cause de nullité de la procédure d'inscription des droits afférents. Ainsi, les quelques procédures qui ont été initiées sont restées inachevées pour des raisons liées à une application rigoureuse voire pointilleuse du droit administratif et à l'annulation de certificats jugés non valides.

Face à ces résistances qui soulignaient l'échec des efforts de la politique d'assimilation, une nouvelle politique à l'adresse des populations était mise en œuvre. Le décret de 1925¹⁷⁸ est un de ces signes d'adaptation. Le texte organisait la constatation des droits fonciers traditionnels et visait à remédier au faible taux d'immatriculation. La procédure permettait de reconnaître les droits sur la terre tels qu'ils existaient dans les coutumes, elle consistait en une simple requête qui pouvait être verbale, au chef de la circonscription. La transcription sur un registre confirmait les droits du possesseur sur le terrain mentionné, tant que l'occupation était effective. Ce texte était l'aboutissement de différentes études qui soulignaient en la critiquant, la trop large latitude de l'administration dans la reconnaissance des droits traditionnels qui permettait l'accession à l'immatriculation. De plus, certains auteurs reprochaient aux textes alors en vigueur de constituer une atteinte à l'intégrité des coutumes. Ainsi, une circulaire du Lieutenant-Gouverneur de la Guinée, en 1923, conseillait-elle de ne pas initier des procédures d'immatriculation "*trop expéditives et trop dangereuses pour les coutumes. (...) Ce que veut l'agriculteur, c'est un titre reconnaissant les droits d'usage ou de détention qu'il possède sur le sol et pouvant également être opposé à toutes personnes. Ce n'est pas l'autre indigène qu'il craint mais l'intervention des personnes dites de statut européen qui l'entraînent devant la justice française laquelle ignore les coutumes et doit se borner à appliquer la loi écrite.*"¹⁷⁹ Le texte de 1925 s'inspire en effet, de ce constat fait pour la Guinée. L'objectif poursuivi était double. D'une part, il s'agissait de protéger les populations contre les revendications excessives de l'État ; mais, dans la continuité de l'ambiguïté qui connote toute la politique foncière coloniale, il était d'autre part fondé sur l'espoir de l'administration, fidèle à ses représentations juridiques, que cette reconnaissance serait une étape, pour peu à peu "convertir" les populations vers le régime de l'immatriculation.

¹⁷⁸ Décret de 8 octobre 1925 instituant un mode de constatation des droits fonciers des indigènes en AOF, JOAOF du 14 octobre 1925, Recueil Dareste, 1926, 1, p. 94 et Penant, 1926, 3, p. 51 auquel il faut associer la lecture du Rapport au président de la République relatif au décret de 8 octobre 1925 instituant un mode de constatation des droits fonciers des indigènes en AOF du 8 octobre 1925 du Ministre André Hesse et de la Circulaire au sujet du décret instituant un mode de constatation des droits fonciers des indigènes du 18 novembre 1925 du gouverneur Carde qui débute sa présentation par ce commentaire explicite : "*j'ai été amené à envisager cette institution par la suite de la répugnance de nos administrés à rechercher – sauf dans quelques centres urbains – le bénéfice du régime établi par le décret du 24 juillet 1906.*"

¹⁷⁹ DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie...*, op. cit. note 172, p. 1032.

Or, pour des raisons à la fois juridiques (les contraintes de l'article 65 du décret de 1906 relatives au certificat administratif étant maintenues) et de culture juridique (les populations ne ressentaient pas le besoin de cette constatation officielle), le succès de l'opération de constatation des droits fut de ce fait, là encore, médiocre¹⁸⁰. Le remaniement des textes fonciers et domaniaux s'est poursuivi jusqu'en 1955¹⁸¹, tant les différentes politiques n'atteignaient pas les résultats escomptés.

Le décret foncier de 1932¹⁸² n'a pas apporté de grand changement par rapport au décret de 1906 – certains articles sont identiques d'un texte à l'autre comme l'article sur les droits collectifs – mais tente une nouvelle fois de pallier les difficultés qui résultent du certificat administratif. L'esprit du texte de 1932 reste le même, à savoir mettre en place "*un mécanisme garantissant le droit de propriété lui-même (...) [où] il est tenu un véritable compte immobilier ouvert, non pas au nom du propriétaire de l'immeuble, mais plutôt au nom de l'immeuble.*"¹⁸³ Dans ce sens, l'article 2 de ce décret dispose que "*cette garantie est obtenue au moyen de la publication sur les livres fonciers, à un compte ouvert pour chaque immeuble, de tous les droits réels qui s'y rapportent ainsi que des modifications de ces droits.*" La publicité des droits revendiqués dure trois mois pour laisser s'exprimer les éventuelles oppositions avant qu'ils ne soient définitivement enregistrés sur le livre foncier. A compter de l'immatriculation, "*le titre foncier est définitif et inattaquable ; il constitue, devant les juridictions françaises, le point de départ de tous les droits réels existants sur l'immeuble au moment de l'immatriculation.*"¹⁸⁴ De ce fait, il reste possible d'enregistrer, après la procédure d'immatriculation, les hypothèques qui grevaient le bien, mais seules celles qui sont inscrites sur le livre sont prises en considération : les accords secrets ou oraux qui n'ont pas fait de publicité sont purgés. Cependant, même si ensuite, le décret domanial

¹⁸⁰ Par exemple, deux années après la publication du décret, une circulaire pour la Haute-Volta fait état qu'aucun titre n'a été édité. En revanche, notons que cette procédure de constatation des droits fonciers en Côte-d'Ivoire a conduit à la délivrance de 722 titres au 1^{er} juillet 1932, Recueil Dareste, 1933, p. 132-145.

¹⁸¹ Décret n° 55-580 du 20 mai 1955 portant réorganisation de la propriété foncière et domaniale en AOF et AEF, JOAOF du 22 septembre 1956, p. 1806. Le texte prévoit de renforcer les droits sur les terrains dont les droits ont été "reconnus", notamment en y ajoutant le droit de vente du terrain. Les mécanismes de reconnaissance des droits sont modifiés puisque le texte prévoit le renversement de la charge de la preuve, ce qui concrètement revient à donner à l'administration la charge de la preuve qu'un terrain appartient au domaine privé de l'État, et non plus au particulier de prouver qu'il a des droits sur le terrain : "*Un terrain en apparence sans propriétaire ou usager n'était plus présumé appartenir à l'État.*" ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 173, p. II-27.

¹⁸² Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation de la propriété foncière en AOF, JOAOF du 29 avril 1933, p. 426.

¹⁸³ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, op. cit. note 173, p. II-94.

¹⁸⁴ Art. 121 du décret, cependant "*cet article doit être tempéré par celui qui le suit, qui prévoit quant à lui, que les détenteurs de créances hypothécaires ou privilégiées et les bénéficiaires de charges foncières tenues directement du propriétaire peuvent faire inscrire leur droit même après la procédure.*" ROCHEGUDE Alain, *ibidem*, p. II-97.

de 1935¹⁸⁵ renforce les mécanismes de reconnaissance et d'indemnisation des droits autochtones, la question de l'interprétation des politiques juridiques relatives à l'introduction de la propriété doit être considérée à la hauteur de l'intérêt qu'elles ont suscité, en l'espèce proche de l'indifférence. Cela relativise de beaucoup ces politiques en ce qui concerne leur application sur le terrain, mais oriente notre intérêt vers la réception qui en a été faite, en mettant en lumière les représentations des différents acteurs. L'importation de la notion de propriété se réalise dans le contexte plus général d'importation des référents administratifs, liés à la construction étatique que les populations ont dû prendre en considération dans leurs pratiques juridiques.

B : Processus de légitimation du droit et de l'État

L'ensemble des dispositions législatives prises depuis l'indépendance par les autorités sénégalaises souligne la volonté de celles-ci de modifier les rapports entretenus entre les populations et la terre. Les résultats escomptés sont-ils actuellement réalisés ? Pour envisager cette question, il est nécessaire de sonder les intentions sous-jacentes, reflet des représentations du droit, dans les réformes administratives ayant des implications sur la gestion des terres. Ainsi, il importe, pour faire état du processus d'acculturation juridique, de présenter un bref aperçu du rapport au droit, de ceux qui précisément le pensent et l'éditent. La réception de la conception juridique française par le personnel politique sénégalais a débuté pendant la période coloniale, notamment dans les relations avec les confréries musulmanes. Ces logiques se sont maintenues après l'indépendance ; cette continuité suggère de nuancer l'opposition que l'on a pu faire entre colonisés/Sénégalais et administration/Français : les notables sénégalais ont accompagné ces politiques, en zones urbaines, dans les quatre communes en particulier, comme en zones rurales, notamment avec la traite de l'arachide dans laquelle administration et autorités religieuses étaient parties prenantes. La réception de ce modèle juridique étatique par le personnel politique n'est pas sans poser des questions d'ordre pratique (1), et a provoqué un phénomène d'acculturation et de syncrétisme juridique dans les pratiques. La question se pose alors de savoir si cela conduit à une modification en profondeur de la culture juridique (2).

1) Importation du modèle étatique : discours et pratiques des élites et des gouvernés

Selon les présentations développementalistes de l'histoire, fondées sur une conception universaliste et donc sur un certain type de représentation du droit, la diffusion du modèle

¹⁸⁵ Décret domanial de l'AOF du 15 novembre 1935 abrogeant le décret du 23 octobre 1904 et portant réglementation des terres domaniales en AOF, JOAOF 1935, p. 1066.

étatique a paru évidente à certains parce que la construction étatique et le droit qui lui est associé vont dans le sens d'un progrès et d'une modernité accrus. Nous parlons "d'importation", par référence au titre de l'ouvrage de Bertrand Badie ; cependant, dans ce processus de diffusion juridique, il existe une part d'importation mais aussi d'exportation dans la mesure où sont également présents des mécanismes d'imitation. En effet, la diffusion a commencé par une exportation, celle d'une civilisation et de sa religion que les Européens ont propagées. Si imposition il y a eu, ne négligeons pas la complexité du phénomène, où l'intégration dans leurs pratiques par les élites locales a pu appuyer le mouvement. L'importation de nouvelles pratiques juridiques s'inscrit dans le cadre du processus plus large de christianisation dans lequel il était question d'apporter la culture, en particulier religieuse, à des populations qui étaient supposées ne pas en avoir. L'association entre droit et religion n'était pas explicite, mais nous avons vu qu'en France un lien peut être établi entre la construction étatique et le rapport au religieux, notamment quand il s'agit d'instituer un référent unique, que ce soit un Dieu ou un État. Concernant la reconnaissance de l'existence d'un droit propre aux populations habitant le Sénégal pré-colonial, au sens de systèmes de représentations juridiques, le plus souvent cette existence était méconnue ou ignorée, et dans tous les cas ces représentations étaient considérées comme inférieures par les colonisateurs.

Le discours des élites des pays où a été importé le modèle politique occidental peut paraître parfois ambigu dans le sens où s'expriment à la fois rejet et mimétisme : il est fait "*usage de développementalisme apologétique sur le plan interne et dénonciateur sur le plan externe*"¹⁸⁶. Cette contradiction entre pratiques et discours s'explique par l'intériorisation par les élites, pensons aux chefs religieux mourides et tijanes au Sénégal, des impératifs étatiques pour exister sur le plan international, combinée à l'exigence des réalités locales, et souligne que les représentations varient selon les contextes et les interlocuteurs, destinataires des discours : un dirigeant politique n'utilise pas les mêmes stratégies de communication quand il s'adresse sur la scène internationale à des représentants nationaux de pays étrangers ou aux populations de son pays.

Le transfert de droit, notamment celui du droit administratif "à la française" au Sénégal, met en lumière une dichotomie entre les gouvernés et les gouvernants, mais dans un même temps, on observe le dynamisme des mutations progressives des comportements face au droit, ce qui

¹⁸⁶ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1992, 334p, p. 74.

traduit finalement la complexité des pratiques juridiques populaires. En effet, présenter seulement une opposition entre les praticiens du droit attachés au droit occidental et les populations fidèles aux pratiques traditionnelles est réducteur et simpliste. La complexité vient de part et d'autre. Gouvernés et gouvernants utilisent de plus en plus couramment les différents registres juridiques. On le constate particulièrement dans les pratiques relatives à l'espace et à la terre : les différents acteurs sociaux s'approprient le droit, et, en fait, tous les droits, à leur disposition. On est en présence de plusieurs systèmes de représentation de l'espace et du droit : que ce soit le droit étatique, très influencé par le droit de l'ancien colonisateur, les droits traditionnels des différents groupes sénégalais qui sont essentiels en matière foncière, auxquels s'ajoute l'influence musulmane dont le message est diffusé au Sénégal par les différentes confréries. Concrètement, la combinaison se manifeste par l'imbrication de l'idée de sacralité de l'espace et du recours aux mécanismes juridiques écrits. Ces outils sont réappropriés par les acteurs, dans leurs stratégies individuelles, parce qu'ils y voient la possibilité de réaliser leurs objectifs.

Cependant, on peut observer, de la même façon qu'il était caricatural d'opposer pendant la période coloniale, administration/Français à colonisés/Sénégalais, dans la mesure où les notables sénégalais ont accompagné et profité de cette politique, que dans le Sénégal contemporain, droit traditionnel et droit positif occidentalisé ne sont pas vécus de la même façon par l'ensemble de la population. Celle-ci n'est pas un bloc homogène. Les ruraux, les urbains, les cultivateurs, les pêcheurs, les professions libérales, ne vivent pas le droit de la même façon. Leurs besoins, donc leurs demandes varient en raison de la diversité de leurs représentations relatives au droit. *"L'opposition entre État et société devient ambiguë, voire totalement brouillée par rapport aux catégories du droit occidental. Dans la confrontation des légitimités qu'elle implique, elle conduit le Prince à surenchérir dans sa référence aux modèles occidentaux, présentés en même temps comme modernes et démocratique, tout en composant plus ou moins discrètement avec les formules traditionnelles de légitimation."*¹⁸⁷ L'ambiguïté contenue dans ce double langage et ses conséquences, pose la question de l'échec des transferts juridiques : il y a eu transfert, mais peut-on parler d'échec ? Le cas échéant, comment le mesurer et l'interpréter ? Et si l'on parle d'échec, par rapport à quels critères est-il évalué ?

¹⁸⁷ BADIE Bertrand, *ibidem*, p. 205.

2) Portée et conséquences de l'importation du modèle étatique

La question de l'échec de l'importation du modèle étatique pose celle de la définition du Droit et de la reconnaissance de droits différents, c'est-à-dire celui qui ne répond pas nécessairement aux canons supposés du droit occidental. La difficulté que les juristes ont à reconnaître le caractère de juridicité aux systèmes juridiques traditionnels vient des éléments pris en considération pour établir s'il s'agit de droit ou pas. En considérant seulement les pratiques, essentielles au demeurant, sans se soucier du discours juridique qui les sous-tend, on perd de vue qu'*"il n'y a pas de différence de nature entre les Droits européens et les Droits traditionnels d'autres continents"*¹⁸⁸, mais seulement un discours juridique différent, parce que fondé sur des mythes juridiques autres que ceux qui ont cours en Europe. Une autre raison de l'échec supposé tient à ce que les initiateurs des transferts de droits, le législateur colonial et les administrateurs dans la colonie, ont considéré comme étant du Droit, c'est-à-dire tient à leurs représentations juridiques. Considérant dans leur société que le Droit est contenu dans les textes, le transfert s'est fait par l'entremise de l'imitation des textes en vigueur dans la métropole ; il est le corollaire des tentatives des politiques d'assimilation juridique de la période coloniale. Or, d'une part, *"l'efficacité de règles juridiques est un phénomène toujours localisé : dans des conditions différentes les mêmes règles produisent des effets différents"*¹⁸⁹ ; d'autre part, même si les phénomènes d'acculturation juridique existent, l'ensemble des représentations juridiques et les mythes correspondants forment une identité puissante. Or, le rythme des législations et des décisions politiques est plus rapide que celui de la transmission des représentations. Les représentations de l'État et du droit qui lui est associé, varient selon les contextes et leur histoire. *"A un même texte associé à des représentations différentes de l'État, ici protecteur, là danger potentiel, correspondent évidemment des effets différents."*¹⁹⁰ En effet, la question de l'État et de sa nature ne peut pas être généralisée. L'appellation "État" ne recouvre pas nécessairement les mêmes réalités ici ou là, et ne peut donc être acceptée et légitimée de la même façon.

D'autre part, admettre que cette organisation politique a été greffée et que la greffe n'a pas pris, ne doit pas aboutir à nier un état de fait, à savoir que l'État est, et reste encore, en raison de sa puissance symbolique dans l'imaginaire politique, une entité politique essentielle de reconnaissance sur la scène internationale, et ce, en dépit de son incapacité à résoudre des

¹⁸⁸ ALLIOT Michel, "Les transferts de droit ou la double illusion", *Bulletin de liaison du LAJP*, mars 1983, p. 121-131, p. 125. Également dans ALLIOT Michel, *Le droit et les services publics au miroir de l'anthropologie, textes réunis par Camille Kuyu*, Karthala, 2003, 400p.

¹⁸⁹ ALLIOT Michel, *ibidem*, p. 123.

¹⁹⁰ ALLIOT Michel, *ibidem*, p. 130.

difficultés de nouvelles natures. En d'autres termes, le point de vue théorique, qu'il relève d'un discours idéaliste ou spéculatif, ne doit pas faire oublier l'importance du discours descriptif. Concrètement, le discours qui consiste à se prononcer pour un abaissement du rôle de l'entité "État" et de l'ensemble de ses attributs, tout particulièrement la notion de souveraineté liée à un territoire, est tenable à la condition de prendre en compte le fait que la structure étatique, y compris dans ses dysfonctionnements, fait encore partie des réalités politiques actuelles¹⁹¹.

On peut souligner trois difficultés dans l'adoption du modèle étatique dans la situation sénégalaise. La première concerne le niveau d'érosion de ce modèle y compris dans le contexte où il a émergé, l'Europe de l'Ouest, en particulier la France où le fonctionnement de l'administration publique n'est pas aussi légal-rationnel que sa représentation pourrait le laisser entendre. Le fait qu'une administration soit, ou devrait être, une organisation où les relations ne seraient fondées que sur le rapport hiérarchique et donc, par conséquent, devraient être neutres, est une construction théorique¹⁹².

En deuxième lieu, le processus d'importation d'un modèle juridique comme celui de l'État comporte en lui-même certaines limites. Les mécanismes d'imitation et d'emprunt en matière de circulation de techniques juridiques sont source d'inventivité. Mais dans le cas du Sénégal et de la plupart des pays africains, plus que d'imitation, il s'est agi d'imposition. Bertrand Badie désigne l'acte d'importation comme *"le transfert, au sein d'une société donnée, d'un modèle ou d'une pratique de nature politique, économique ou sociale, forgé et inventé dans une histoire qui lui est étrangère et qui relève d'un ordre social fondamentalement différent. En ce sens, l'acuité des dissonances culturelles devient naturellement l'élément de cristallisation des dysfonctions qui accompagnent ce processus."*¹⁹³ L'acuité des difficultés posées par le transfert d'un modèle dans un contexte étranger est accrue dans la mesure où il a été imposé avant même qu'une unité nationale n'existe, comme au Sénégal. Paradoxalement, l'unité s'est en définitive construite

¹⁹¹ Voir notre article, "La gouvernance et la diversité des cultures de la régulation juridique. Illustrations au Sénégal et en France", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, 376p, p. 223-241.

¹⁹² La domination légale-rationnelle est l'un des trois archétypes de domination proposés par Max Weber, avec la domination charismatique et de type traditionnel. Ces archétypes ne sont que des modèles théoriques, des tendances qui ne se trouvent pas à l'état pur dans la réalité des relations. Les travaux sur l'organisation des entreprises privées ou publiques et notamment de l'administration étatique montrent que *"dans une bureaucratie supposée impersonnelle, réapparaissent des rapports personnels à partir desquels se nouent tant des relations de pouvoir que des situations conflictuelles."* HERMET Guy, BADIE Bertrand, BIRNBAUM Pierre, BRAUD Philippe, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris : Armand Colin, 1994, 279p, notamment les entrées "Bureaucratie" p. 38 et "Théorie des organisations" p. 189.

¹⁹³ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, op. cit. note 186, p. 125.

contre ce modèle, mais elle l'a aussitôt repris à son propre compte. Ainsi, malgré la défaillance du modèle importé et l'échec de sa diffusion, *"les élites importatrices"* poursuivent son application et même la renforcent. La structure étatique y est conservée et les pratiques juridiques des gouvernants révèlent le plus souvent une conception du droit strictement normativiste.

La troisième difficulté concerne le décalage entre théorie et pratique qui est d'autant plus grand que les carences de l'État sont importantes. Babacar Sall remarque à propos du Sénégal, que ces carences sont soulignées par *"l'apparition grandissante d'espaces anétatiques"* nés de *"l'interférence entre le social et l'étatique"*, c'est-à-dire *"d'un phénomène qui ne contredit pas forcément l'État mais le réinvente à des fins fragmentaires en mobilisant le système socio-affectif comme la parenté."*¹⁹⁴ Cette réinvention de l'État confirme dans un certain sens que les greffes juridiques ne sont pas opératoires immédiatement et qu'elles doivent faire l'objet de transformations pour s'adapter à de nouveaux contextes. Dans ce sens, André-Jean Arnaud précise que pour la réussite des greffes juridiques, il est nécessaire de prendre en considération la *"culture juridique"* de la société réceptrice, c'est-à-dire *"non seulement les créateurs "légitimes" de droit, mais également, les mouvements sociaux."*¹⁹⁵ *"Les créateurs "légitimes" de droit"* ne s'en sont pas tenus à la seule réception de l'organisation étatique ; dans l'observation de son fonctionnement, on constate des adaptations au contexte¹⁹⁶ : le modèle mis en œuvre actuellement au Sénégal n'est plus le modèle originel, il a été transformé et adapté ; il s'agirait davantage d'un deuxième type d'organisation. L'étude du comportement des *"créateurs "légitimes" de droit"* pour transformer le modèle de droit nécessite d'être complétée par les solutions adoptées par les populations qui, elles aussi, participent à l'élaboration du droit, par l'application qu'elles en font en le transformant pour l'adapter aux circonstances locales. Pourtant, simultanément au rejet, un certain attachement à ce droit exogène a pu émerger. Cela parce qu'il a été possible d'y puiser des solutions, des *"arrangements"* : la loi n'a pas été adoptée telle quelle, elle a été adaptée aux aspirations et façons de faire pour être réappropriée et transformée. De là,

¹⁹⁴ SALL Babacar, "Anétatisme et modes sociaux de recours", CODESRIA/GEMDEV, *L'État en Afrique : indigénisations et modernités*, Actes du colloque du 18-19 mai 1995, Paris : Cahier du GEMDEV, 1996, n° 24, 207p, p. 169-176, p. 172.

¹⁹⁵ ARNAUD André-Jean et FARIÑAS DULCE Maria José, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 1998, 378p, p. 328.

¹⁹⁶ Citons par exemple le cas de l'unicité du juge administratif et judiciaire, rappelée lors de la rencontre en septembre 2001 à Paris par Ibrahima Arona Diallo. Cette réunion était la deuxième rencontre relative aux travaux sur le thème "De la pyramide aux réseaux", sur lequel les Facultés universitaires de Saint-Louis de Bruxelles et le Laboratoire d'anthropologie juridique et politique ont travaillé ensemble en 2001 et 2002. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro spécial : le droit en perspective interculturelle, sous la direction de Christoph Eberhard, 2002, n° 49.

l'initiation d'un processus d'acculturation juridique s'amorce même s'il est difficile d'en mesurer précisément les implications.

Conclusion du Titre 1

Nous avons vu comment s'est progressivement construit un espace politique dans les territoires nouvellement découverts, puis quelles ont été les conséquences juridiques de l'importation d'un modèle normatif d'organisation de la société, que ce soit au travers du régime seigneurial dans le Bas-Canada, du système de l'immatriculation et de l'État au Sénégal. Ce qui était tenté par les colonisateurs consistait à instaurer un système juridique où une certaine manière de concevoir le Droit était exclusive. C'était sans prendre en considération la réception par les différentes populations et leurs interprétations de ce droit. La culture juridique liée à la propriété de la terre ou du moins à son occupation et son utilisation qui en a émergé est complexe en raison de la rencontre de différentes représentations.

Dans le processus juridique, ces différences peuvent être l'objet de confrontations mais également de rencontres voir de métissages des techniques juridiques. Ces mécanismes de réappropriation du droit sont observables dans les pratiques et ont des incidences sur les manières de gouverner. Ce qui nous intéresse dans notre dernier titre est de déterminer comment des cultures différentes, parfois incompatibles, ont pu coexister et continuent de cohabiter plus ou moins pacifiquement sur un même territoire, au sein d'une même société. Dans la continuité de nos développements, nous reprenons comme illustrations les situations de pluralisme juridique au Canada et au Sénégal.

Titre 2 : Droit de la terre : deux légitimités fondées sur les représentations

Lors de l'étude du contexte des premières rencontres et de l'installation des colonisateurs français, nous avons mis en lumière un premier paradoxe qui consistait pour le colonisateur à ne pas mettre en œuvre le même type de politique coloniale en Nouvelle-France et au Sénégal. Dans les deux territoires colonisés par les Français, les conséquences juridiques ont en effet été tout à fait différentes, en raison notamment des objectifs poursuivis, qu'ils soient de peuplement ou de commerce. Ce second titre est pour nous l'occasion d'observer un deuxième paradoxe concernant cette fois la réception faite par les populations du système juridique importé et finalement imposé, relatif au rapport à la terre. Les représentations individualisées de ce rapport à la terre au Sénégal et au Canada paraissent différentes mais font apparaître des logiques analogues, propres aux processus d'acculturation juridiques dont nous avons montré combien ils offrent une vision des pratiques dynamiques et novatrices.

Sur la question québécoise et canadienne, trois grands thèmes émergent pour rendre compte de la rencontre des cultures juridiques : celui du régime seigneurial, celui de la relation entre Common Law et droit civil et enfin, celui de la relation avec les Amérindiens sur les questions relatives à la terre. Nous mettrons l'accent sur les deux derniers groupes de questions, mais la question du régime seigneurial mérite d'être présentée dans la mesure où au moment de son abolition, les deux conceptions juridiques ont été en contact dans toute leur complexité. Étant donné que la relation Common Law/droit civil est transversale et se retrouve également au cœur de la question amérindienne – notamment dans la résolution judiciaire de la question – nous la situons comme l'axe principal du développement. Après avoir identifié les logiques qui sous-tendent la structuration de la culture juridique au Canada dans des situations relatives à la gestion de l'espace, nous identifierons les différents acteurs et les stratégies qu'ils empruntent, dans le difficile débat qui met en jeu les revendications des Amérindiens sur leurs terres. Ces revendications s'inscrivent dans le contexte de l'opposition puis de la coexistence plus ou moins pacifique des deux cultures juridiques d'origine européenne. Cependant, la question fait intervenir plusieurs niveaux de gouvernance ("groupes", État, province), notion que nous préciserons, pour appréhender comment dans le cas précis du Canada, cette gouvernance est pensée puis mise en œuvre. Par souci du respect de la chronologie qui importe dans la construction d'une culture juridique et avant de nous intéresser à la gouvernance triangulaire entre Amérindiens, État canadien et province du Québec, nous développerons les questions

relatives à l'émergence de la bi-culture canadienne. Le bi-culturalisme et les questions amérindiennes constituent les deux grandes thématiques relatives à la situation canadienne.

La situation du Sénégal contemporain et indépendant va nous permettre de déterminer sous un autre angle de vue comment les cultures juridiques se construisent et se transforment. Là encore, dans cette illustration sénégalaise, il s'agira pour nous, au travers du processus d'immatriculation des terres et de gestion du sol par les nouvelles autorités, en particulier le nouvel État indépendant, de traduire comment les pratiques juridiques d'abord étrangères aux traditions des populations sénégalaises ont été intégrées, après adaptation, dans les pratiques locales. Le processus d'immatriculation est symptomatique car il contient une représentation différente de l'usage traditionnel de la terre et pourtant, ce processus est en voie d'être réapproprié par les populations qui y voit l'accès à un droit sécurisé. L'attitude d'acculturation et de métissage des pratiques juridiques s'observe également dans la manière d'organiser l'espace en milieu urbain, où, là encore, les représentations en présence ne s'accordent pas nécessairement a priori. Les modalités de réaménagement d'un des quartiers de Saint-Louis, la ville qui reste notre référence pour illustrer concrètement notre étude, attestent ces mutations de la culture juridique au Sénégal.

En l'illustrant avec ces deux contextes, nous apprécierons comment les cultures juridiques concernant la propriété ou de l'appropriation se sont construites. Cette approche concerne plusieurs cultures juridiques, occidentales et non occidentales. Nous insisterons sur la légitimité de la culture juridique importée, celle d'origine européenne qui a été imposée, certes, mais qui, progressivement s'est forgée néanmoins une certaine légitimité, dans les pratiques juridiques des populations et des gouvernants (chapitre 1). A ce premier type de légitimité juridique, s'ajoute celle, originaire, des droits des premières populations. Cette nouvelle légitimité des droits originaires qui eux se sont toujours maintenus, semble ré-émerger. Nous verrons dans quelles mesures cette légitimité est complexe car elle n'exclut pas pour autant le droit occidental imposé et qu'en raison de la puissance du mouvement d'affirmation de son identité et de revendication, cette légitimité ancienne ne peut être complètement ignorée par les politiques juridiques des gouvernements concernés par ce processus (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les cultures juridiques et la propriété individualisée

L'abolition du régime seigneurial et la mise en place d'un nouveau régime de la terre au Bas-Canada accélèrent la rencontre des deux cultures juridiques, de Common Law et de droit civil. L'intégration de la fiducie, notion propre à la tradition de Common Law, dans le Code de 1866 et son maintien dans le Code de 1994, nous permettront d'illustrer la mixité du droit, par un exemple lié à la gestion des biens. Ces différentes réformes et notions juridiques nous permettent de souligner d'une part, l'existence de différentes cultures juridiques y compris dans l'aire européenne, et d'autre part, que ces corpus de règles et de représentations du droit ne sont pas étanches dès qu'ils sont confrontés à la réalité des pratiques juridiques sur le terrain. Ce processus s'observe également au Sénégal où, après la rencontre, relativement brutale, de deux conceptions juridiques de gestion de la terre, les deux manières de voir coexistent, se combinent avec plus ou moins de fluidité pour finalement refléter ce que sont devenues les pratiques juridiques des Sénégalais dans leur complexité.

Toute la difficulté est de montrer comment une certaine légitimité juridique a pu naître sur des conceptions juridiques qui ont été initiées par un acte politique, la colonisation, qui ne revêtait aucune légitimité. Ainsi, montrer comment l'hybridation entre les cultures juridiques s'opère ne signifie pas pour autant la légitimation de la colonisation politique et juridique. Il s'agit de démontrer comment les pratiques juridiques peuvent se nourrir de "tout droit" pour construire une légitimité d'un droit qui n'était pas un "donné a priori", puisque importé et imposé. Dans cette perspective, il faut examiner comment, dans l'Amérique du Nord britannique du début du 19^e siècle, les deux cultures juridiques, pourtant d'origine européenne, ont "négocié" s'il l'on peut dire, et contribué à la construction de la culture juridique québécoise qui se maintient au carrefour de deux conceptions d'envisager le droit (section 1), et ensuite montrer comment les conceptions juridiques de gestion du sol exportées par les Français ont été réceptionnées et intégrées dans le droit du Sénégal indépendant (section 2).

Section 1 : Propriété québécoise entre droit civil et Common Law

Les éléments juridiques sur lesquels se porte notre attention sont directement liés au contexte historique de l'Amérique du Nord de la fin du 18^e siècle. Ainsi, les questions relatives au régime seigneurial et son abolition, celles qui d'une manière plus générale embrassent le rapport entre deux traditions juridiques et politiques, et leur rapport au droit, ne peuvent être isolées des mouvements qui secouent le Bas-Canada. Les premiers points de contact de la cohabitation religieuse et juridique, entre Common Law et droit civiliste, sont perceptibles dans le processus d'abolition du régime seigneurial et dans l'ensemble des réformes relatives à la gestion et au contrôle des terres qui ont lieu dans le courant du 19^e siècle (§ 1). Sous un angle de vue plus théorique, un autre aspect met en lumière ce qui différencie les deux cultures juridiques européennes en présence au Canada. La fiducie est, en effet, une de ces notions qui donnent des indications sur la manière dont les cultures juridiques se forment dans la mesure où elle met en jeu leurs principes fondateurs. Cette notion nous permet de présenter le contenu de la propriété dans ce qui intéresse les origines communes des deux cultures juridiques européennes (§ 2).

§ 1 : Transformations des représentations de la propriété et impact sur le droit positif

Au début du 19^e siècle, le projet de réforme de la propriété concerne la modification du régime seigneurial ; il s'agit de supprimer le retrait lignager¹ et d'éteindre les droits seigneuriaux par rachat volontaire pour transformer le régime applicable aux tenures. La succession des échecs des réformes du régime seigneurial par l'opposition du Parti canadien entre 1810 et 1816, conduit les Britanniques à se tourner vers le Parlement impérial pour tenter d'arriver à leurs fins. Simultanément à l'abolition du régime seigneurial (A), d'autres réformes relatives à la gestion et au contrôle de la mutation des possessions de terres ont lieu et reflètent la progressive mutation des représentations du droit lié à la terre et à la propriété ; il s'agit notamment de l'introduction du régime d'enregistrement des droits (B).

¹ Le retrait lignager est relatif aux mécanismes de mutation, objet du titre VII de la Coutume de Paris, c'est "un droit accordé aux membres d'une famille, lors de la vente d'un immeuble "propre". Ce droit permettait de retirer l'immeuble des mains de l'acquéreur, en remboursant le capital de l'acquisition, et ainsi, conserver l'immeuble dans la famille lignagère. Le parent devait intervenir dans un délai d'un an et un jour de la vente et intenter une action en revendication appelée action en rescousse." NORMAND Sylvio "La codification de 1866 : contexte et impact", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yves Blais, 1993, 597p, p. 43-62, p. 50. Voir aussi KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec. Le débat du droit privé au Québec*, La Salle : Hurtubise, Cahier du Québec, 1994, 325p, p. 235.

A : Vers l'abolition du régime seigneurial : le bijuridisme en pratique

Dans les années 1820, "*malgré leur préférence pour la tenure seigneuriale, [les Canadiens] sont très conscients des abus du régime et désirent une réglementation.*"² Les positions avancées par les Canadiens-français relèvent du discours politique et de la défense de leur identité, mais le système semble bénéficier surtout aux seigneurs puissants. Progressivement, les arguments critiques à l'égard du régime seigneurial se retrouvent dans les deux communautés : la ligne de partage ne se situe pas seulement entre les communautés et l'opposition devient plus celle des puissants contre les "petits", seigneurs et censitaires, qui n'ont assurément pas les mêmes intérêts à défendre dans le régime seigneurial. Cet état de fait est particulièrement visible dans l'attitude des seigneurs francophones, restés attachés aux traditions de la Nouvelle-France. Louis-Joseph Papineau illustre l'attitude des grands seigneurs du Bas-Canada et de leurs représentations du régime seigneurial³, qu'ils soient francophones ou anglophones⁴. D'ailleurs, la Chambre d'assemblée, au fait des déviations que connaît le système seigneurial, diligente une enquête sur les seigneuries. Outre la situation sociale et économique de certains des nouveaux habitants qui quittent les États-Unis, le facteur qui accélère le rythme des réformes foncières est le très grand nombre des arrivants, venant des États-Unis comme d'Europe : "*dans les premières décennies du 19^e siècle, entre 1823 et 1827, plus de 10000 immigrants par année ; 50000 en 1831 et en 1832*"⁵ ; ceux-ci formulent la demande d'être régis par la Common Law. Le mécontentement de cette population ne peut pas ne pas être pris en compte et accélère l'aboutissement de la réforme. Les premières propositions concrètes sont soumises en 1820 aux chambres impériales (1), mais, en raison des circonstances politiques au Bas-Canada, l'abolition du régime seigneurial ne devient officielle qu'en 1854 (2).

² KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, ibidem, p. 249.

³ Étant lui-même seigneur, Papineau s'est toujours refusé à reconnaître que ce régime put être une forme d'oppression, ni à considérer l'existence des abus des seigneurs à l'encontre des censitaires. Dans son esprit, le régime seigneurial n'a eu que des aspects positifs, ceux revendiqués par la suite par les historiens tenants du courant nationaliste, à savoir la possibilité de procurer gratuitement des terres aux habitants de la Nouvelle-France, puis, après la Conquête, de permettre aux Canadiens-français de les protéger contre la spéculation des marchands britanniques. En tant que seigneur, il rassemble dans sa personne les tiraillements de toute une génération de Bas-Canadiens, issue de la bourgeoisie libérale naissante. DUMONT Fernand, "La représentation idéologique des classes au Canada français", *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1967, n° 3 (spécial Québec), p. 425-438.

⁴ Paradoxalement, "*dans la communauté britannique, l'hostilité envers le régime seigneurial devient moins universelle. Nombre de britanniques évaluent les tenures canadiennes et britanniques du point de vue des colons ; ils les trouvent équivalentes et parfois préfèrent les terres en censives. (...) "La diversification économique et ethnique de la population britannique de la colonie semble avoir ébranlé quelque peu le monopole idéologique des marchands anglo-écossais. On pense par exemple, aux agriculteurs britanniques, surtout dans les Cantons de l'Est, et aux Irlandais, qui sont souvent pauvres et qui gardent leurs rancunes ancestrales.*" KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 1, p. 245.

⁵ DUMONT Fernand, *Genèse de la société québécoise*, Montréal : Boréal (2^e éd), 1996, 392p, p. 104-105.

1) Initiation du processus d'abolition du régime seigneurial

Le processus de réforme débute devant les chambres impériales, à la suite duquel la Chambre des communes adopte deux lois de "*commutation*" des droits sur les terres : le Canada Trade Act en 1822 et le Canada Tenures Act en 1825. Le Canada Trade Act autorise la commutation volontaire vers le soccage dans ses articles 31 et 32. "*Ces articles permettent aux personnes tenant des terres du roi, en fief ou en roture, de changer leur tenure en franc et commun soccage, moyennant un paiement pour compenser les droits et les redevances abandonnés alors par la Couronne.*"⁶ La question des terres incultes est posée par la Chambre d'assemblée qui met en place un nouveau comité. Celui-ci suggère en janvier 1821 que "*le régime seigneurial organise efficacement la colonisation en favorisant une répartition égale des terres, et il jouit de l'estime du peuple [les Canadiens]. Le comité perçoit la répartition égalitaire des terres, favorisée par le régime seigneurial, comme un facteur "favourable to human happiness" ainsi qu'à la prospérité et à la stabilité du pays.*"⁷

En 1824, le projet de loi est présenté pour que les tribunaux aient le pouvoir d'obliger à se conformer aux deux arrêts de Marly de 1711⁸. Le projet stipule "*l'obligation de concéder sous peine de rattachement des terres au domaine du roi ; il proclamait implicitement la fixité des taux. Ce bill ne fut pas adopté. On en sentit bien le caractère illusoire. (...) Ces derniers [les taux] au lieu de décroître avec les prix, continuent leur ascension ou se figent à un palier établi au moment de la hausse. Dans les deux cas, le censitaire était perdant.*"⁹ De plus, le contexte économique ne favorise pas les mutations immobilières. L'heure est à la spéculation. Au début du 19^e siècle, le commerce du bois est le secteur le plus productif de l'économie du Bas-Canada. La crise agricole et la croissance démographique conduisent à une forte pression foncière. La réduction de l'espace disponible rend les seigneurs qui veillent à leurs intérêts, plus vigilants, c'est-à-dire qu'ils ne veulent pas concéder, même des terres en friche, pour faire augmenter leur valeur. "*Les terres en bois debout deviennent alors éminemment précieuses et les bonnes terres*

⁶ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 1, p. 250.

⁷ KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 247.

⁸ Nous avons vu que ces textes de 1711 avaient pour objectif de favoriser la mise en valeur des terres en Nouvelle-France dans le cadre du régime seigneurial. *Arrêt du Roi qui ordonne que les terres dont les concessions ont été faites, soient mises en culture et occupées par des habitants.* É.O. I. p. 324. Ces textes, communément appelés arrêts de Marly, sont représentatifs de l'effort fourni pour implanter solidement le régime seigneurial en Nouvelle-France.

⁹ OUELLET Fernand, "Le régime seigneurial dans le Québec (1760-1854)", *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal : Hurtubise HMH, Cahiers du Québec, 1972, 379p, p. 91-110, p. 108.

sont gardées avec un soin jaloux."¹⁰ Les seigneurs n'ont pas le droit de vendre des lots de terres non défrichés, mais ils vont outre cette interdiction.

L'article 8 du Canada Tenures Act de 1825 précise que le droit anglais régit les terres soccagères. Il reprend à cet égard l'article 9 de l'Acte du Québec. Evelyn Kolish remarque que "*cependant, comme le révèlent les témoignages devant le comité spécial des Communes, les opinions sur l'interprétation de l'article 9 sont fortement divisées. Il semble (...) que la plupart des citoyens du Bas-Canada croient que le droit civil régit les immeubles également sur les terres soccagères.*" Selon elle, on ne peut savoir réellement les pratiques existantes, étant donné que les habitants "*ont souvent agi de façon informelle à cause de l'absence de tribunaux dans la région jusqu'en 1823, année où l'on a établi une cour inférieure à Sherbrooke.*"¹¹ Mais peu de conversions ont été demandées. Ensuite, la position de la Chambre d'assemblée s'est considérablement adoucie à l'égard de la tenure française ; en effet, il est envisagé de permettre des commutations qui permettront des conversions des fiefs et censives en franc-alleux. De leur côté, les Canadiens français ne sont plus radicalement opposés à la conversion en tenure libre, même si elle signe la disparition du régime seigneurial ; leur résistance s'exprime davantage à l'encontre d'une tenure libre selon le droit anglais, perçu comme "*un instrument d'assimilation*"¹² qui tend à remplacer le droit canadien-français. En 1834, le Comité spécial sur le régime seigneurial se prononce pour "*une recommandation en faveur d'un processus d'extinction volontaire des redevances et des services seigneuriaux par rachat*" et ce, en respectant l'esprit du droit français¹³. Dans un contexte politique plus général, le même jour sont déposées quatre-vingt-douze résolutions à l'adresse du roi. Le Conseil législatif fait preuve d'un esprit de compromis dans les travaux de la commission de 1836 en recommandant la conversion en franc-alleu. La réforme aurait pu se faire, mais il n'existe pas de consensus dans la population sur les modalités de la réforme, même si en 1831 et 1832, les plaintes et pétitions contre le régime seigneurial se font plus nombreuses.

En raison de la Rébellion des Patriotes¹⁴, les pouvoirs de l'Assemblée législative sont suspendus, celle-ci est remplacée par le Conseil spécial qui gouverne la province jusqu'à l'union des deux

¹⁰ OUELLET Fernand, *ibidem*, p. 103.

¹¹ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 1, p. 251.

¹² KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 254.

¹³ KOLISH Evelyn, *ibidem*, p. 266.

¹⁴ Dans le Bas-Canada, la rébellion découle de la politique coloniale de la Grande-Bretagne qui refuse de modifier la structure gouvernementale, notamment en ce qui concerne le pouvoir de dépenser des provinces. A cette origine directe s'ajoute celle, plus profonde, liée à la structure de la société dans le Haut-Canada où les tensions s'accroissent entre nouveaux immigrants modestes et "*le petit groupe de dirigeants étroitement liés par le mariage, le favoritisme et les convictions conservatrices*" qui décide de "réserver" les septièmes des terres à l'Église d'Angleterre. Le refus

Canada. Jusqu'en 1866, est instauré l'état de régime martial¹⁵. Ce contexte permet de mieux comprendre pourquoi les conclusions des deux commissions, de 1836 et 1843, sont si sensiblement différentes, bien qu'elles aient été réunies à une dizaine d'années d'intervalle. Entre temps, les Rébellions de 1837-1838 ont précipité l'évolution de la législation et cristallisé davantage les tensions qui pouvaient exister entre Canadiens francophones et anglophones. La question du régime seigneurial est la première à être posée lors de la nouvelle Assemblée législative unie canadienne, le 7 septembre 1841. La commission parlementaire, composée pour l'essentiel d'avocats et de notaires¹⁶, se réunissait la première fois le 25 avril 1842. La Commission a consulté les personnes concernées par le régime seigneurial et représentatives des deux parties, à savoir celles qui désirent conserver le régime en l'état et celles qui souhaitent sa transformation en tenure libre, au moyen de questionnaires adaptés aux différents groupes socio-économiques de la population. Tom Johnson observe que les "*Commisionners*" ont également dû faire face à des réponses "non attendues" "*from groups of ordinary rural censitaires, following the holding of impromptu meeting in their district. These uninvited responses are of particular interest because they did not provide the kind of input the Commisionners were looking for as grist for the mutation mill.*"¹⁷ Les travaux de la commission aboutissent à l'abolition du régime seigneurial, et plus de dix ans plus tard, en 1854, les seigneuries sont finalement converties en franc-alleux.

2) La réforme de 1854 : application et conversion en franc-alleu

L'abolition devient un objectif législatif. A la veille de la réforme, le débat porte davantage sur les modalités de suppression du régime seigneurial que sur la suppression elle-même considérée

par l'Angleterre de la requête du Parti patriote de Papineau pour obtenir le contrôle des dépenses par l'Assemblée de la province du Bas-Canada déclenche un soulèvement armé en novembre 1837 et novembre 1838, suivi par celui du Haut-Canada à l'instigation de William Mackenzie, opposant au gouvernement. Les deux insurrections sont un échec mais elles ont eu un impact sur l'organisation de l'administration. La Constitution est suspendue. Il est fait appel à un nouveau gouverneur général, pour décider "*de la forme et du futur gouvernement des provinces canadiennes.*" Le projet, le "Rapport Durham", est considéré comme une provocation à la fois par les Canadiens français qui refusent l'assimilation qui y est prônée et par les tories anglophones qui y voient une réduction de leur puissance financière. WYNN Graeme, "Aux confins de l'Empire 1760-1840", BROWN CRAIG (dir.), *Histoire générale du Canada*, Montréal : Boréal, 1990, 694p, p. 224-331, p. 248-258.

¹⁵ Suite à la Rébellion des Patriotes de 1837-1838, le Conseil spécial reçoit de Londres l'autorité nécessaire pour prendre des mesures d'urgence, puis avoir la capacité de légiférer dans un grand nombre de domaines qui jusqu'alors entraient dans la compétence de l'Assemblée législative.

¹⁶ "*The assembly decided that the most appropriate Commissioners would be residents well versed in the law and practice of the said Tenure, and being a Practitioner at the bar, or a notary of long standing (...).*" JOHNSON Tom, "In a manner of speaking: towards a reconstitution of Property in Mid-Nineteenth century Quebec", *Revue Mc Gill*, 1987, t. 32, n° 3, p. 636-672, p. 643.

¹⁷ JOHNSON Tom, ibidem, p. 645. Notre traduction : "*émanant de groupes de simples censitaires ruraux, assistant aux réunions impromptues se tenant dans leur quartier. Ces réponses non sollicitées offrent un intérêt particulier dans la mesure où elles sont différentes du type de données recherchées par les membres de la Commission pour donner des arguments à la politique favorable à la mutation.*"

comme étant acquise ; les Canadiens reconnaissent que *"l'existence des droits seigneuriaux n'est pas non plus en harmonie avec l'esprit du temps et les intérêts de la société. Mais les neuf dixièmes des Canadiens qui renonceraient volontiers à cette institution ne voudraient pas renoncer aux lois dont la justice et l'équité ne leur est que trop prouvée."*¹⁸ Se pose notamment, et surtout, la question des compensations proposées aux seigneurs et le sort réservé aux censitaires. La réforme visant l'abolition du régime seigneurial est concrétisée en 1854 par l'*"Acte pour l'abolition générale des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada"*¹⁹. Au-delà des discussions qui ont couru depuis le 19^e siècle et ont abouti à un consensus de part et d'autre, remarquons que l'abolition a été accélérée par le souci de faciliter l'aménagement du territoire canadien, notamment par l'important chantier de construction d'un réseau de chemin de fer. Les droits de lods et de ventes auraient entravé ce projet.

De 1855 à 1856, la cour composée de juges de la cour d'appel et de la cour supérieure, détermine la valeur des droits de la Couronne, des seigneurs et des censitaires pour organiser le rachat progressif des terres. *"Un fonds spécial est constitué pour rembourser les seigneurs de leur droits abolis. Comme les cens et rentes subsistent, le paiement annuel est capitalisé et les censitaires sont libres de payer à leur choix la rente de ce capital à 6%, ou de se libérer de la rente en versant la valeur du capital entre les mains du seigneur, celui-ci ne peut d'ailleurs ne pas accepter ce paiement."*²⁰ Les seigneurs profitent d'une politique de rachat de leurs droits par la Couronne. Les censitaires ont également la possibilité de racheter leur droit sous forme de rente constituant un capital. Cependant, peu y auront recours, non pas en raison de leur pauvreté, pourtant bien réelle dans de nombreux cas, mais le plus souvent parce qu'*"ils répugnent de devoir racheter ce qu'ils considèrent leur propriété."*²¹ Cette attitude souligne comment le lien entre leur terre construite, aménagée et améliorée, et le sentiment de propriété, s'est peu à peu imposé dans l'esprit des censitaires et reflète par conséquent la transformation des représentations des populations vis-à-vis de la terre qu'ils occupent et mettent en valeur. Pour cette raison, les tenanciers n'ont pas racheté ces droits ; il a fallu une trentaine d'années pour que ces dispositions soient finalement abandonnées et qu'il soit permis aux habitants de rester sur place sans avoir à recourir à ce rachat. C'est l'État qui a pris en charge le rachat et indemnisé les

¹⁸ KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec*, op. cit. note 1, p. 269, citant GIROD Amury, *Notes diverses sur le Bas-Canada*, Village Debartzch, Imprimerie de J.-P. Boucher-Belleville, 1835, p. 47.

¹⁹ *Acte concernant l'abolition générale des droits et devoirs féodaux* (1854), 1861, S.R.B.-C., c. 41.

²⁰ BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français", *Revue historique de droit*, 1935, p. 734-747, p. 747.

²¹ COURVILLE Serge, *Le Québec : genèse et mutation d'un territoire. Synthèse de géographie historique*, Sillery et Paris : PUL et L'Harmattan, 2000, 502p, p. 302.

seigneurs. Cette procédure qui nécessitait une connaissance affinée des propriétés respectives, fut le catalyseur de l'instauration d'un cadastre²². Comment la réforme a-t-elle été réceptionnée par les usagers des terres ? Répondre à cette question permet de mesurer la portée du droit positif sur les pratiques juridiques des populations.

A partir de 1854, une période particulière s'ouvre dans la mesure où le régime seigneurial est aboli mais le Code civil n'est pas encore promulgué : une période transitoire révélatrice des mentalités en mutations. Tom Johnson remarque que *"Two decades later, after the debate had subsided, and the seigniorial system had been commuted into one of free tenure (franc aleu roturier), an attentive observer would have noted that censitaires' economics obligations to the seignior had not changed significantly. That is, the seigniorial system had been abolished in name, but for those inhabitants unwilling or unable to pay the lump sum necessary for commutation annual rental payments continued in essentially the same form as before."*²³ Pendant la période où se préparait la suppression du régime seigneurial, d'autres mouvements juridiques sont mis en œuvre. Ils concernent toujours la question de l'organisation de l'attribution et du contrôle des terres et plus généralement, le rapport au droit, à la loi en particulier, que les Québécois développent dans un mouvement de résistance aux représentations juridiques de la communauté anglaise. Ce mouvement se traduit notablement dans la refonte globale des mécanismes d'enregistrement des biens immobiliers.

B : Rapport de force juridique : la question des droits d'enregistrement

Un des motifs de la nécessité de réforme immobilière ressentie par les Anglais est l'importance du phénomène des hypothèques. Cette question et le processus de réforme des droits d'enregistrement au regard des deux cultures juridiques européennes ont été étudiés notamment

²² Dans un premier temps, une commission spécialement mandatée établit un cadastre documentaire, basé sur les papiers terriers déjà existants des seigneuries. Une copie abrégée de ce travail est parue, *"Cadastrés abrégés des fiefs et seigneuries de la Province de Québec"*, sous l'acte seigneurial de 1854. Le projet d'un cadastre cartographique avec la numérotation des propriétés est officialisé législativement en 1860. Plus de vingt ans seront nécessaires pour l'établir effectivement. L'ouvrage définitif s'inspire du Domesday-Book anglais effectué par les officiers de Guillaume le Conquérant en 1086 qui fournit pour chaque comté du royaume un recensement exhaustif du cadastre anglais. COURVILLE Serge, *ibidem*, p. 302-304.

²³ JOHNSON Tom, "In a manner of speaking : towards a reconstitution of Property...", art. cit. note 16, p. 640. Notre traduction : *"Vingt ans plus tard, après que le débat fut clos et que le régime seigneurial ait été transformé en système de tenures libres (francs alleux roturiers), un observateur attentif aurait noté que les obligations financières des censitaires à l'égard du seigneur n'avaient pas été modifiées de manière significative. Ainsi, le régime seigneurial avait été aboli en théorie, mais, pour les habitants non disposés ou incapables de payer la somme globale nécessaire pour la commutation, des paiements de loyer annuel ont continué pour l'essentiel dans les mêmes conditions qu'auparavant."* Notons en effet que l'abolition du régime seigneurial, pour importante qu'elle soit d'un point de vue de l'ordonnancement général du droit, notamment dans le domaine de l'utilisation de la terre, n'a pas vraiment amélioré la situation du censitaire soumis au paiement de cette rente monétaire annuelle et perpétuelle.

par Sylvio Normand. Cette étude permet d'observer, après celle sur le régime seigneurial, comment s'est élaboré le régime juridique des terres. Simultanément influencée par les deux parties en présence, la construction juridique fait apparaître, non seulement deux mentalités juridiques, mais également les processus d'émergence du droit. Une des questions consiste alors à se demander si le corpus juridique qui en résulte est un tout hybride ou la juxtaposition de deux ensembles de règles et de principes. Cette question, posée sur cet exemple précis, est l'une des interrogations qui parcourent l'ensemble de notre travail : comment des cultures juridiques peuvent-elles se nourrir l'une l'autre pour former, le cas échéant, un autre ensemble hybride ? Présenter l'enjeu du projet législatif pour les communautés en présence (1) permet de mesurer la réception de la réforme sur les droits d'enregistrement (2).

1) Sens de la réforme d'introduction des droits d'enregistrement

Avant la Conquête, les hypothèques grèvaient la plupart des relations immobilières ; ce n'était pas en soi une situation problématique, sauf qu'elles étaient le plus souvent secrètes. "*La constitution d'une hypothèque avait pour effet de grever la propriété d'une charge réelle occulte. Les biens d'un individu devenaient susceptibles de répondre de ses engagements sans que le tiers puissent aisément, et surtout de manière certaine, être mis au courant de l'existence de telles charges. (...) Un tel système rendait donc aléatoire la transmission de la propriété immobilière.*"²⁴ La situation pouvait convenir pour un groupe restreint d'individus se connaissant, pour être de la même parenté par exemple. Mais la question se posait en des termes différents dans les Cantons de l'Est (nord de l'État américain du Vermont) où des groupes de Loyalistes restés fidèles à la Couronne britannique s'étaient installés et où, par conséquent, se trouvaient des terres en franc et commun soccage. Pour ces marchands britanniques nouvellement arrivés, suite à l'Indépendance américaine, ce régime, si peu sûr pour les transactions commerciales, n'étaient pas satisfaisant.

Dès 1820, leurs requêtes tendent à l'instauration de bureaux de publicité des droits où seraient enregistrés les droits réels. Cette proposition est très mal interprétée par les Canadiens français qui la considèrent comme "*une tentative d'envahissement du droit privé par l'introduction d'une institution typique de la Common law*"²⁵ qui remet en cause cette spécificité du droit coutumier français local que sont les charges secrètes. Dans les années 1820, plusieurs lois fortement

²⁴ NORMAND Sylvio, "Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle ou la difficile conciliation de deux cultures juridiques et de deux communautés ethniques", *Recueil de droit immobilier*, Recueil préparé par la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ), 1990, p. 169-201, p. 172.

²⁵ NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 177.

influencées par le droit français tentent d'adapter ou adaptent effectivement le système en place. En 1825, la loi impériale permet que le droit anglais soit appliqué dans les Cantons de l'Est. Mais, les modifications apportées par la loi de 1829 sont modiques et surtout établies pour contrer les réformes qui pourraient émaner des Britanniques. Cette loi²⁶ reconnaît une dualité juridique en droit immobilier, en particulier dans les Cantons de l'Est. Ces Cantons constituent un laboratoire juridique dans la mesure où ils rassemblent sur leur territoire toutes les conditions de la rencontre des deux cultures juridiques, notamment en raison des colons anglais venus des États-Unis dont nous avons déjà évoqué l'arrivée en nombre. *"L'introduction d'un régime d'enregistrement des droits réels était particulièrement appropriée à un système de Common law, puisqu'une sûreté comme le mortgage portait non pas sur l'ensemble des immeubles propriété d'un individu, mais au contraire sur un immeuble déterminé."*²⁷ La loi permettait toujours la possibilité d'instituer une hypothèque mais en précisait les conditions ; elle devait porter dorénavant sur un immeuble expressément désigné. En 1830, les premiers bureaux d'enregistrement étaient mis en place dans cinq comtés des Cantons de l'Est.

Jusqu'à l'unification du système, dix ans plus tard, dans le contexte tourmenté de la Rébellion de 1837, une situation de bi-juridisme est ainsi mise en œuvre et reconnue législativement. *"Une telle solution était envisageable en droit immobilier, puisque dans ce secteur du droit il y avait coexistence reconnue des deux systèmes juridiques : le droit coutumier s'appliquait sur les terres seigneuriales et la Common law sur les terres en franc et commun soccage."*²⁸ Avant la réforme de 1841, la situation est donc celle d'une pluralité de droits applicables. Par-delà ce constat qui nous permet d'authentifier l'existence d'une situation de pluralisme juridique, l'important est de mesurer la perception des habitants face à cette situation. C'est-à-dire de mesurer la mise en œuvre concrète d'une telle situation.

Pour certains auteurs, cette situation juridique n'est pas tenable. *"Ce mélange de règles de fond et de forme anglaise et française – une véritable coexistence de systèmes juridiques sur un même territoire – semble avoir semé la confusion chez les justiciables et les hommes de loi durant les 25 années suivantes."*²⁹ Cette conclusion nous semble être excessive, et sous-estime la capacité d'adaptation des acteurs qui, quand leurs intérêts sont en jeu ou en danger, finissent plus ou

²⁶ *Acte pour rendre valides les transports de terres et autres propriétés immeubles tenues en franc et commun soccage dans la province du Bas-Canada, et pour d'autres fins y mentionnées*, S. B.-C. 1829, c.77.

²⁷ NORMAND Sylvio, "Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle...", art. cit. note 24, p. 178.

²⁸ NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 172.

²⁹ BRIERLEY John E.C., "The co-existence of legal systems in Quebec: "free and common soccage" in Canada's "pays de droit civil", *Les Cahiers de Droit*, 1979, t. 20, p. 277-312, p. 277.

moins par mesurer les conséquences du droit applicable sur leur situation immédiate. Tandis que les Britanniques ont toujours les mêmes attentes relatives à l'enregistrement des droits réels dans le sens d'une meilleure sécurité de leurs opérations, la position des Canadiens français se modifie progressivement. En effet, une fois le système mis en place, les tenants du système d'enregistrement comptent l'établir dans tout le Bas-Canada, dans la mesure où les Canadiens reconnaissent peu à peu que le système issu du régime français "*présentait des faiblesses et qu'il serait souhaitable de le modifier en demeurant fidèle à la tradition civiliste.*"³⁰ Ainsi, outre le fait que la construction juridique duale se serait sûrement montrée peu adaptée à l'accroissement des transactions en matière immobilière, la demande d'une adaptation du système émerge. Cette demande concerne surtout les zones fortement urbanisées, en pleine croissance, en raison des mouvements migratoires émanant non plus seulement des Loyalistes mais également des populations anglaises, fuyant la pauvreté d'Europe pour s'établir sur le nouveau territoire de la Couronne. La Rébellion des Patriotes de 1837 précipite le processus de réforme et d'uniformisation du système.

2) La réforme de 1841 dans les pratiques

En 1841, le Conseil spécial met en place un contrôle unique des hypothèques en édictant l'ordonnance pour l'organisation technique de l'enregistrement. Malgré l'accord de principe pour la réforme et notamment la suppression des hypothèques secrètes, l'ordonnance est mal accueillie. Le juriste et homme politique du Bas-Canada, Louis-Hippolyte La Fontaine, publie un rapport critique sur l'ordonnance, même s'il reconnaît l'intérêt de réformer les hypothèques secrètes. "*Les reproches formulés par La Fontaine, dans son introduction, portaient sur la rédaction de l'ordonnance. Il dénonçait les emprunts faits tantôt aux lois françaises, tantôt aux lois anglaises ; ce manque d'unité était de nature, selon lui, à rendre difficile la compréhension de la loi.*"³¹ Certaines imprécisions ou lacunes de la loi sont relevées par La Fontaine à propos, par exemple, des sûretés et l'abolition du douaire³² ; ainsi, on constate que l'argument de la complexité d'une situation de bi-juridisme continue de poser problème. On peut se demander si cet argumentaire tient du discours politique ou bien des conséquences juridiques dans la pratique. Nous n'apportons pas de réponse nette à cette interrogation mais elle souligne la difficulté d'avoir un regard et un discours "froids", c'est-à-dire les plus juridiques possibles, sur la question du pluralisme juridique en général. L'aspect sensible vient des racines éminemment

³⁰ NORMAND Sylvio, "Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle...", art. cit. note 24, p. 178.

³¹ NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 183.

³² Le douaire représente les biens de l'époux sur lesquels l'épouse conserve un droit d'usufruit après la mort de celui-ci.

politiques qui conduisent à de telles situations. Les questionnements et les éventuelles réponses aux pluralismes juridiques relèvent – avant tout, dirions-nous – du registre du Politique.

A deux reprises, une prolongation du délai pour faire enregistrer les anciens droits réels est décidée et atteste de la lenteur de l'organisation des nouveaux bureaux d'enregistrement. Le problème concerne la mise en place des index des immeubles et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit d'établir les droits réels grevant un immeuble. "*Dans les Townships, où toutes les terres sont numérotées, rien n'est plus facile que de parvenir à la publicité des hypothèques : et c'est par suite du manque d'un semblable arrangement que la publicité des hypothèques dans les seigneuries a été jusqu'à ce jour un chaos parfait, un labyrinthe inextricable dont on ne pourra sortir, pensons-nous, qu'au moyen du numérotage des terres.*"³³ Le numérotage qui est suggéré pour trouver une solution, est déjà adopté dans certaines villes du Haut-Canada³⁴ et reprend l'aspect bien connu, en quadrillage, des nouvelles villes américaines. Cette façon d'organiser les villes est très imprégnée d'une façon de se représenter l'espace urbain. En revanche, dans l'environnement francophone, le quadrillage n'est pas une habitude. D'ailleurs, le cœur historique des anciennes villes de Nouvelle-France, Québec, Trois-Rivière, Montréal, ne respecte pas cette géométrie. Cependant, pour remédier aux lenteurs de la mise en œuvre de la réforme sur les droits d'enregistrement, la loi de 1841 exprime le besoin de l'établissement d'un cadastre pour identifier les lots plus facilement – celui-ci sera établi seulement à compter de 1860. L'embauche de nouveaux personnels pour copier les actes à enregistrer permet d'enrayer les blocages dus aux lenteurs. Malgré cette mesure d'urgence, les deux rapports déposés devant l'assemblée législative en 1846 font ressortir les faiblesses du système envisagé par l'ordonnance de 1841. A la recherche des causes des difficultés pour l'implantation du régime, Crémazie (hostile à la réforme), l'un des auteurs des rapports de 1846 pour évaluer l'efficacité de la réforme, mentionne la grande impopularité du Conseil spécial qui a promulgué l'ordonnance de 1841. De fait, ces réformes du régime foncier, celle sur les droits d'enregistrement mais également celle sur l'abolition du régime seigneurial, se déroulent au sortir des événements socio-politiques liés à la Rébellion des Patriotes qui ont braqué les deux communautés l'une contre l'autre.

³³ "Rapport de J. Crémazie, Ecuier, nommé en vertu de l'acte 4 Victoria, chapitre 30 pour visiter les bureaux d'enregistrement dans les districts de Québec et de Gaspé", *Journaux de l'assemblée législative de la province du Canada*, 1846, 2^e session, 2^e parlement. Appendice B, cité par NORMAND Sylvio, "Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle...", art. cit. note 24, p. 192.

³⁴ Il s'agit des "plans en damier" mis en place par John Graves Simcoe, premier lieutenant-gouverneur du Haut-Canada. Un township modèle mesure 9 miles sur 12, constitué de 14 rangs contenant chacun 24 lots de 200 acres. WYNN Graeme, "Aux confins de l'Empire 1760-1840", art. cit. note 14, p. 246.

L'ordonnance instaure la nécessité d'un certificat, dressé par le registraire. Il décrit la situation juridique de l'immeuble, c'est-à-dire fait état des éventuelles hypothèques enregistrées sur l'immeuble. Cette procédure évite aux créanciers d'être sur le qui-vive pour contrôler si l'immeuble détenu par celui à qui ils ont prêté va être vendu. Ce texte de 1841 a amorcé un travail de sécurisation de la propriété immobilière que les libéraux, qui accèdent au pouvoir dans la seconde moitié du 19^e siècle, vont prolonger. Nous avons déjà examiné l'abolition du régime seigneurial en 1854 et comment s'est amorcé le processus de codification de 1866, dans nos développements relatifs à la rencontre des deux cultures juridiques euro-canadiennes ; cette évolution sera prolongée par celle du retrait lignager en 1855³⁵, et celle des rentes perpétuelles en 1859³⁶. Même si ces transformations du paysage juridique sont soutenues par l'élite canadienne française, elles connaissent des opposants : les craintes de la disparition de la petite propriété et de l'émergence d'une aristocratie foncière sont déjà perceptibles, et le sont nettement à propos de l'abolition du régime seigneurial. *"Le libéralisme était dénoncé, d'abord et avant tout parce qu'il remettait en question l'équilibre de la structure sociale en place."*³⁷ Les deux chefs du Bas-Canada, La Fontaine et Crémazie, ne s'opposent pas à l'ordonnance de 1841, sur le principe, mais reprochent davantage la manière dont les nouvelles techniques de suppression des hypothèques secrètes ont été imposées. Leur résistance se situe donc, là encore, plus sur le terrain politique.

L'union entre les deux Canada en 1841 accélère le processus de réforme des institutions. *"La remise en cause du droit coutumier, empêchée jusque-là par l'antagonisme ethnique, devint possible, après la restructuration du paysage politique survenue après 1840."*³⁸ La Fontaine, qui devient procureur général en 1842, ne cherche pas obtenir l'abrogation de l'ordonnance de 1841,

³⁵ Le retrait lignager, fortement décrié, est aboli par l'*Acte concernant l'abolition du retrait lignager*, 1855, 1861, S.R.B.-C., c. 3. Le retrait lignager était souvent mis en cause, par *"l'insécurité qu'il crée en permettant à n'importe quel membre de la parenté du vendeur de racheter la propriété vendue hors de la famille en remboursant à l'acheteur le prix payé, et ce, dans un délai d'un an et un jour. Cette pratique empêcherait temporairement le nouveau propriétaire d'entreprendre des améliorations ou de revendre la propriété en question, puisque son titre n'est pas ferme avant l'expiration de la période spécifiée."* Evelyn Kolish précise cependant que cet état de fait a le plus souvent été évité parce que ce droit était très mal connu et donc très peu utilisé par les populations. Malgré cela, le retrait lignager était critiqué car la potentialité qu'il puisse être utilisé a contribué à figé le marché immobilier. KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec. Le débat du droit privé au Québec*, La Salle : Hurtubise, Cahier du Québec, 1994, 325p, p. 235. Voir aussi NORMAND Sylvio "La codification de 1866 : contexte et impact", art. cit. note 1, p. 50.

³⁶ Les rentes perpétuelles sont abolies par l'*Acte concernant les rentes foncières, les rentes constituées et les rentes viagères* (1859), 1861, S.R.B.-C., c. 50. Ces rentes, appelées aussi "bail à rente", constituent *"un contrat par lequel le bailleur cédait au preneur un immeuble ou un autre droit immobilier, à titre de propriété, sous la réserve d'un droit de rente annuelle d'une certaine somme d'argent qu'il retenait sur cet immeuble et que le preneur s'obligeait de payer tant qu'il le posséderait."* Ces rentes n'étaient pas rachetables et malgré leur nom, sont assimilables à une aliénation. NORMAND Sylvio "La codification de 1866 : contexte et impact", ibidem, p. 47-48.

³⁷ NORMAND, Sylvio, "Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle...", art. cit. note 24, p. 197.

³⁸ NORMAND, Sylvio, ibidem, p. 198.

et bien qu'il l'ait critiqué, contribue même à renforcer le système d'enregistrement des droits réels, aux côtés de G.-E. Cartier. *"Autrefois, le créancier devait être constamment sur ses gardes, avoir chaque semaine l'œil à la Gazette Officielle, ou se trouvait chaque dimanche à la porte de l'église, pour voir si la propriété qui était son gage n'allait pas être vendue. Cela causait du malaise, gênait les opérations et la circulation des capitaux. (...) Le prêteur n'est plus obligé d'avoir un agent chargé de s'assurer chaque dimanche si l'on n'annonce pas la vente de la propriété sur laquelle il a son hypothèque : il n'a plus à faire son opposition à la distribution des deniers : la loi elle-même agit et protège ses droits. Par-là, elle porte les capitalistes à prêter en ce pays, et c'est un résultat auquel chacun doit applaudir."*³⁹ Seul Bibeau reste fidèle à ses positions anti-libérales et nationalistes d'avant la Rébellion des Patriotes.

Nous venons d'établir le processus de réforme juridique relatif à l'introduction des droits d'enregistrement. *"L'universalisation du régime d'enregistrement des droits réels n'eut pas pour effet de soumettre à la Common law la propriété assujettie jusque-là au droit coutumier français. Les deux systèmes juridiques continuaient de s'appliquer au Bas-Canada"*⁴⁰, puisque seules les terres tenues en franc et commun soccage sont soumises à la Common Law. La complexité due à la différence des cultures juridiques est accrue par la situation de bilinguisme : *"deux populations d'unilingues se trouvaient soumises à des normes juridiques qui leur restaient inintelligibles. [Or], un droit inconnaissable peut-il se dire rationnel ?"*⁴¹ Pour les législateurs, séduits par l'idée d'unification et de codification du droit, ces processus ne peuvent être mis en œuvre sans la prise en compte du bilinguisme, ce qui explique la solution qui s'impose rapidement de faire des textes en version bilingue. La question de la langue n'est pas étrangère aux questions juridiques qui nous préoccupent ici, dans la mesure où le droit est, en lui-même, un langage. Ainsi, dans la situation présente, deux obstacles majeurs en rapport au langage se dressent et soulignent le lien entre l'intelligibilité linguistique et le caractère *"démocratique, indigène et moderne"* du droit. L'option d'un droit démocratique n'a pas été celle retenue dans un premier temps au Québec puisqu'à la démocratie politique, *"ce fut celle de la nationalité"* qui fut privilégiée et soutenue par la structure traditionnelle de la société formée par *"l'autorité cléricale et une bourgeoisie libérale représentée par le politicien"*⁴².

³⁹ *Discours de Sir Georges Cartier*, Montréal : Eusèbe Senécal & fils, 1893, p. 329 (Discours prononcé le 20 avril 1863), cité par NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 188.

⁴⁰ NORMAND Sylvio, *ibidem*, p. 195.

⁴¹ ISSALYS Pierre, "La loi dans la culture juridique québécoise : sources et cheminement d'une idée", *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne et ROBERT Pierre (dir.), Sillery et Paris : PUL et L'Harmattan, 1996, 498p, p. 289-326, p. 293.

⁴² DUMONT Fernand, "La représentation idéologique des classes au Canada français", *art. cit.* note 3, p. 431.

La dualité des droits se maintient au Bas-Canada jusqu'au moment de la codification des lois civiles en 1866, codification qui n'éclaircit pas pour autant la solution à apporter aux questions des interprétations juridiques. Nous avons vu comment celles-ci se nourrissent des deux cultures juridiques, de Common Law et de droit civil, et ce, même après la codification du droit de Bas-Canada. Ainsi, l'hybridation du droit ne s'établit pas seulement dans le corpus juridique que constitue le code, mais également dans les interprétations adoptées par les professionnels du droit pour l'appliquer. Nous avons souligné des éléments de mixité du droit au Québec dans les raisonnements et interprétations juridiques ; cette mixité s'observe également dans sa structure même. Par exemple, la notion de fiducie, en tant que cas d'étude, est pour nous digne d'intérêt. Tout en illustrant concrètement comment les cultures juridiques se sont nourries l'une l'autre, il importe d'avoir le contenu et le sens de cette notion à l'esprit car elle est abondamment développée par la Cour suprême dans sa jurisprudence relative aux revendications amérindiennes, puisque la Cour en fait le fondement de la relation entre Amérindiens et la Couronne.

§ 2 : La fiducie québécoise est-elle un trust ?

Bien que de tradition de Common Law, la notion de fiducie a néanmoins été introduite dans le Code civil du Bas-Canada en 1888⁴³, puis reprise dans le nouveau Code entré en vigueur en 1994. Quelques commentaires sont nécessaires pour comprendre sur quels fondements et influences juridiques ce montage a émergé. L'introduction de la fiducie dans le Code civil québécois nous intéresse à deux titres. Le premier, lié à la situation juridique au Québec, est qu'il permet d'observer comment deux cultures juridiques s'approprient une notion, le cas échéant en la transformant. L'autre intérêt est d'ordre plus général par rapport à notre réflexion et pose la question de la "propriété" dans son fonctionnement le plus profond où la question se déplace de l'objet à la nature des droits qui existent sur cet objet, et tout particulièrement les titulaires de ces différents droits. En outre, et dans ce sens cela peut constituer un troisième intérêt, la fiducie est l'une des notions que nous retrouverons lorsqu'il s'agira d'examiner les revendications des Amérindiens vis-à-vis de la Couronne : il a été établi par la jurisprudence canadienne une relation de fiducie entre ces deux acteurs.

⁴³ Dès 1879, le trust fait partie du droit du Bas-Canada par l'adoption de "An act respecting trusts" qui n'est pas encore incorporé dans le Code civil.

La fiducie québécoise est le fruit d'un long cheminement juridique qui débute dans la Normandie de Guillaume le Conquérant. Elle s'inspire du trust qui est lui-même l'héritier de la saisine médiévale, influencé par les structures féodales. La notion a emprunté un long cheminement historico-juridique avant de devenir l'une des notions caractéristiques de la Common Law.

Outre la notion québécoise de "patrimoine par affectation" dont nous préciserons la nature, la question du "ownership" se pose également. Observons que celle-ci est particulièrement soulevée par des auteurs de langue anglaise, ce qui tendrait à supposer qu'ils ne retrouvent pas le trust dans la fiducie du Code québécois. Parmi ceux-là, la remarque de John Brierley relative à la nature des questions posées par la fiducie, relevant davantage de celles des "obligations" que de la "propriété"⁴⁴, nous paraît éclairer la voie vers laquelle il faut nous engager pour comprendre quel genre de questions soulève le trust et peut-être également la fiducie. En effet, dans le trust, il est question moins de droits que d'actions possibles sur un "bien" dont nous devons détailler la nature et le contenu. Le "glissement" qui s'opère des actions réelles aux actions personnelles nécessite un détour sur les fondements juridiques du trust : dans la Common Law, certaines distinctions connues de la tradition civiliste n'existent pas ou du moins sont analysées et surtout pratiquées différemment, en particulier la notion de "bien immeuble" qui semble être structurée d'une manière autre. Ce sont ces rouages qu'il nous faut explorer pour tenter de comprendre en quoi la fiducie ne serait en définitive qu'une cousine juridique éloignée du trust. Il convient de préciser la nature du trust dans la tradition de Common Law (A), pour saisir en quoi fiducie et trust, quoique de même filiation, semblent être deux notions juridiques assez différentes (B).

A : Le trust en Common Law : des racines féodales adaptées aux situations contemporaines

Aujourd'hui, la construction du trust est incontournable dans l'arsenal juridique du système de Common Law, mais elle n'en reste pas moins pour les juristes de culture civiliste une énigme dans son vocabulaire et dans ses modalités de mise en œuvre ; a priori très différente des conceptions civilistes de la propriété, la construction du trust en est-elle si étrangère ? Le premier élément de compréhension du trust, puis de la fiducie québécoise, nous conduit à la manière dont l'Angleterre a réceptionné puis adapté le cadre féodal au regard de sa propre identité. Le système est introduit outre-Manche par Guillaume le Conquérant au 11^e siècle. Il se déclare le seul

⁴⁴ BRIERLEY John E. C., "The new Quebec law of trusts : the adaptation of common law thought to civil law concepts", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français*, op. cit. note 1, p. 383-397.

"propriétaire" du territoire mais accorde des concessions de biens-fonds à ses plus fidèles sujets. Cette étape n'est pas spécifiquement originale au regard de la construction qui se développe à la même époque dans le royaume de France. La distinction entre les deux féodalités s'opère au 13^e siècle ; en 1290, le montage des multiples inféodations est supprimé en Grande-Bretagne par la loi *Quia Emptores* ; il est remplacé par le principe de la substitution, c'est-à-dire que la relation entre le Roi et la personne en possession du bien-fonds est dorénavant directe, sans que n'interviennent les seigneurs intermédiaires⁴⁵. Cette innovation est essentielle pour saisir le fondement du trust car elle introduit la relation de confiance directe entre les acteurs juridiques impliqués.

Une des questions qui se posent à propos du trust est de savoir s'il est une construction juridique propre à la Common Law ou bien *"existerait-il, au contraire, des racines historiques profondes qui permettraient de lier cette institution avec le jus commune européen d'autrefois et de demain ?"*⁴⁶ Un des éléments qui permettrait de comprendre dans quelle mesure il serait envisageable que la culture juridique romano-canonique dont émane la culture juridique québécoise, puisse recevoir la construction fiduciaire, est que l'origine de la notion de fiducie se situe dans les rouages juridiques de la féodalité. *"Le trust ne semble pas être la création du Common law. Il a été développé au pays du Common law et par les juristes de Common law au sens le plus large de l'expression. Mais il s'insère dans une tradition pan-européenne et a été construit en opposition avec une autre tradition pan-européenne, celle du droit romain, qui avait établi une présence suffisamment forte en Angleterre pour susciter des réactions. C'est dans le jeu de ces grandes idées que le trust est né au sein du contexte institutionnel que l'on retrouvait alors en Angleterre."*⁴⁷ L'enjeu est de déterminer les fondements communs aux deux traditions juridiques (1) mais aussi de préciser en quoi les mécanismes juridiques se sont ensuite séparés entre le continent et l'Angleterre où s'est développée la théorie de l'*estate* (2).

⁴⁵ Cette disposition est confirmée en 1660 par le *Statute of tenure* "qui fait disparaître la plupart des incidents issus du système de tenure féodale. (...) Bien que toutes les caractéristiques féodales aient finalement disparu au 17^e siècle, la structure conceptuelle quant à elle a survécu." GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit. Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte-d'Ivoire, le Ghana et la Mali)*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris I, 1998, 400p, p. 143.

⁴⁶ GLENN Patrick Hugo, "Le trust et le jus commune", LEGRAND Pierre, *Common law d'un siècle l'autre*, Montréal : Yvon Blais, 1992, 528p, p. 87-114, p. 87.

⁴⁷ GLENN Patrick Hugo, *ibidem*, p. 113.

1) Aux sources médiévales et romaines du trust

Les auteurs spécialistes de la Common Law considèrent que le *fidéicommiss*, instrument testamentaire du droit romain, pourrait être la source originelle du trust. Certains aspects du trust font penser aux différents démembrements de la propriété où *usus* et usufruit sont bien distingués. Patrick Glenn rapporte que les dons *ad opus* faits aux œuvres de l'Église peuvent expliquer son développement en Angleterre. "*Par un lent processus de développement juridique et de transferts linguistiques, le don ad opus, un acte de charité à l'égard d'un ordre chrétien, fit place à l'use, une institution de portée générale par laquelle une tierce personne tient des biens pour l'usage ou le bénéfice d'un cestui que use.*"⁴⁸ L'auteur parle du *trust* comme du produit du *jus commune*, dans l'Angleterre des 11^e-15^e siècles, dans le sens où il serait le produit du monde juridique de cette époque. Son explication s'inscrit dans une tendance qui considère que le Common Law en formation "*n'était pas spécifiquement anglais, mais constituait simplement une espèce de droit féodal continental.*"⁴⁹ Tirant son raisonnement au maximum, il considère même qu'avant ce qu'il appelle "*le processus d'inoculation du droit romain*", il n'y avait pas de Common Law. Cette inoculation du droit romain dans le droit en Angleterre, l'a, si l'on peut dire, prémuni de l'influence des glossateurs, en permettant ainsi "*la construction à neuf du Common law*"⁵⁰, en élaborant des constructions juridiques spécifiques à une mentalité et une culture juridique⁵¹. Les spécificités apparaissent particulièrement dans le contenu de deux catégories juridiques, l'*use* et la saisine qui permettront de saisir l'originalité de la notion d'*estate*.

L'*use*, lointain ancêtre du trust, a été particulièrement utilisé par les Franciscains. Ils pouvaient jouir de biens, sans en être propriétaires, conformément aux vœux de pauvreté de cette confrérie. Pourtant, certaines dérives furent à l'origine d'une controverse : comment pouvait-on consommer autant, sans pour autant être propriétaire ? Pour le Pape des années 1320, Jean XXII, juriste de

⁴⁸ GLENN Patrick Hugo, *ibidem*, p. 94. Remarquons d'emblée que cette définition proposée pour l'*use* médiéval est déjà sensiblement proche de la définition proposée aujourd'hui pour le trust : "*Une fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire, détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une ou de plusieurs, appelées bénéficiaires (cestui que trust), soit en vue de la réalisation d'un but particulier.*" BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Montréal : Carswell, 1997, 656p, p. 469.

⁴⁹ GLENN Patrick Hugo, *ibidem*, p. 100.

⁵⁰ GLENN Patrick Hugo, *ibidem*, p. 99.

⁵¹ Barry Nicholas signale à cet égard que "*le droit des biens est non seulement la partie la plus spécifiquement anglaise de la Common law, mais aussi la partie la plus rigoureusement abstraite*". Nous conseillons la lecture de son article car elle nous semble répondre aux difficultés conceptuelles que des juristes civilistes pourraient rencontrer à l'étude du trust. La vivacité et la clarté de son texte sont sûrement liées au fait que l'auteur avait pour mission de s'adresser à des civilistes, qui plus est, de "vive voix". Le caractère oral de la communication ne nous semble pas innocent dans la "clarté complexe" du résultat : l'oralité permet les digressions et les détours que l'écrit s'autorise, spontanément, plus difficilement. NICHOLAS Barry, "Le langage des biens dans la Common law", *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : les biens et les choses, Sirey/CNRS, 1979 (Texte intégral d'une conférence donnée au séminaire de philosophie du droit de l'université de Paris II le 24 janvier 1978), p. 55-65, p. 55.

formation, *"être propriétaire est incompatible avec un pouvoir d'usage et de consommation existant au bénéfice d'autrui. Le véritable propriétaire, c'est en effet, celui qui exerce le dominium."*⁵² La réponse à la controverse donne le sens de l'esprit juridique de l'époque. Guillaume d'Occam qui défend la thèse des Franciscains, considère qu'il est envisageable de distinguer propriétaire et usager. Ce qui nous intéresse dans cette discussion juridique, c'est la façon dont Guillaume d'Occam romanise la présentation de la propriété, sans adhérer pour autant aux conceptions féodales du droit qui prévalaient jusqu'alors. Ces conceptions, évoquées dans nos développements sur la France médiévale, relèvent d'une mentalité chrétienne, qui organise l'espace et le droit. Mais les juristes anglais ne s'accommodent pas du droit tel qu'il est interprété et appliqué sur le continent. La théorie des *"estates"* qui est une des clefs du fonctionnement du trust, repose sur la notion féodale de la saisine.

Dans le prolongement de l'*use*, la saisine est liée à la possession, elle est donc liée à la doctrine des tenures. Une personne a la saisine lorsqu'elle a reçu la possession, en tenure franche, d'un bien réel. *"La saisine n'était certes pas le dominium, la proprietas. Elle signifiait surtout la possession, le bénéfice de la productivité immédiate de la terre."*⁵³ Cependant, la "possession" ne s'applique pas seulement au bien corporel, elle concerne aussi bien les droits réels que les droits personnels. *"Alors que la notion de possession est distincte de celle de propriété, en common law, elle en est souvent non seulement la preuve, mais peut même en être l'origine. Selon les théoriciens, la possession comporte trois éléments constitutifs distincts : la possession de fait ou le contrôle effectif de l'objet, la possession juridique et le droit à la possession."*⁵⁴ Le fait que la possession puisse également s'appliquer à un droit rend possible le montage du trust actuel. Mais, cela n'a pas toujours été le cas car la notion était utilisée sans possibilité simultanée de saisine. C'est pourquoi les juristes anglais ne reconnaissaient pas l'*use*. *"Les notions de saisine (seisin) et de domaine (estate) n'ont laissé aucune place à la reconnaissance d'une séparation entre la jouissance bénéfique de la terre et le titre juridique (legal title) sur cette même terre."*⁵⁵ En conséquence, puisque la simultanéité des saisines n'était pas envisageable, c'est-à-dire que celui qui avait la simple possession par location n'avait pas la saisine du bien réel, *"au cours des*

⁵² GLENN Patrick Hugo, "Le trust et le jus commune", art. cit. note 46, p. 103.

⁵³ GLENN Patrick Hugo, *ibidem*, p. 107.

⁵⁴ BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law...*, op. cit. note 48, p. 419.

⁵⁵ GLENN Patrick Hugo, "Le trust et le jus commune", art. cit. note 46, p. 105. L'opposition aux formes partagées de jouissance de la terre était surtout le fait des cours royales, dans un contexte de luttes politiques entre barons et roi. La reconnaissance d'une saisine simultanée aurait favorisé les tribunaux féodaux au détriment des cours royales.

années, le concept de saisine est devenu presque analogue à celui de propriété."⁵⁶ Étant entendu que le terme important est "presque", car, en théorie, la saisine n'est pas la propriété d'un bien corporel et ne doit pas être comprise comme telle, même si la frontière semble être franchie dans la pratique. Patrick Glenn suggère d'ailleurs que la construction juridique a été élaborée "*a posteriori* visant à légitimer une politique qui a dû être très discutable, et non moins discutée à l'époque."⁵⁷ Cette attitude s'inscrit dans une politique juridique de rationalisation de la notion même de saisine. Peut-on affirmer qu'il s'agissait d'une rationalisation par romanisation ?

La question se pose dans la mesure où la Common Law se présente a priori comme une forme de résistance au droit romain, et surtout à sa renaissance au 12^e siècle. Le lien entre l'*use*, en s'appuyant sur une saisine en quelque sorte réformée, et la construction juridique du trust s'établit par l'association, d'une part, des activités juridiques des cours ecclésiastiques – rappelons en effet, que l'Église est l'un des principaux bénéficiaires des dons "*ad opus*" – et d'autre part, de l'intervention du Chancelier, également homme d'Église. Celui-ci, qui en maintenant "*la vieille tradition coutumière de l'Europe, le premier jus commune, précisément à l'époque où elle fléchissait devant les nouvelles sciences en Europe continentale même (...) a développé l'use, puis le trust, mais sans qu'il ne s'agisse pourtant d'une création indigène.*"⁵⁸ Ainsi, la question du trust a été suscitée en Angleterre par cette controverse juridico-religieuse, mais elle intéresse la question de la propriété dans sa globalité. Paradoxalement, le trust d'aujourd'hui, bien qu'il fut une manifestation de la résistance à la conception partagée de la propriété au moment de ces prémices avec l'*use*, est, dans la Common Law contemporaine, la claire consécration d'une propriété envisagée et organisée selon ses différents démantèlements. Ceux-ci sont rendus possibles en intégrant cette autre notion spécifique de la Common Law qu'est l'*estate*.

2) L'estate : le cœur du trust

Alors que la doctrine des tenures est relative à la qualité de la possession, la doctrine des domaines ou *estates* renvoie à la durée de la possession de la tenure franche. En d'autres termes, on reçoit un "domaine", c'est-à-dire un droit sur un bien-fonds pour une durée fixée. "*Selon l'enseignement traditionnel, les droits que peut détenir le propriétaire foncier sont démembrés dans le temps plutôt que dans l'espace. C'est la théorie de l'estate. Plus précisément, tous les titulaires d'un jus in re sua détiennent des droits semblables dans l'espace, soit l'usus et le*

⁵⁶ BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law...*, op. cit. note 48, p. 436. Souligné par nous.

⁵⁷ GLENN Patrick Hugo, "Le trust et le jus commune", art. cit. note 46, p. 105.

⁵⁸ GLENN Patrick Hugo, *ibidem*, p. 112.

fructus. C'est donc la période du temps pendant laquelle, ou encore à partir de laquelle, les détenteurs de ces droits peuvent jouir qui les distingue. Ainsi, certains jouissent de leurs droits pour toujours, d'autres pour la durée de leur vie et d'autres encore pour une période déterminée. Tous possèdent toutefois le jus disponendi. Ils ne peuvent néanmoins transférer l'usus et le fructus, comme d'ailleurs le jus disponendi de l'usus et du fructus, que pour la période pour laquelle ils en sont détenteurs."⁵⁹ Il existe trois catégories de domaines : le fief simple, le fief taillé, aboli dans la plupart des pays de Common Law, et le fief viager, créant un domaine durant la vie d'autrui. Le terme "fief" signifie que le domaine a une durée virtuelle infinie, "*or he may hold it for a limited period of time, then be said to have an estate in fee simple, or for life, or for a term of years, as the case may be.*"⁶⁰

Le fait que le fief le plus important qui puisse être accordé soit désigné comme "fief simple" souligne le fait que le droit sur ce "bien" n'est qu'un *estate*, par conséquent limité. En Angleterre, le fait que la loi de 1882 "*semble conférer à l'usufruitier le pouvoir absolu d'aliéner la pleine et entière propriété de l'immeuble, peut paraître bizarre, notamment lorsqu'envisagée à travers la lorgnette d'un juriste civiliste.*"⁶¹ Pourtant, cela s'explique par l'intention que le "bien" soit toujours en mesure d'être vendu. Pour résoudre cette énigme, il faut s'attacher à la nature de ce "bien" et revenir sur les différentes distinctions existant entre actions réelles et personnelles d'une part, et entre choses corporelles et incorporelles d'autre part, ou plus exactement le lien qui peut exister entre ces deux relations juridiques dans la Common Law. La "bizarrerie" évoquée par Bernard Rudden disparaît si l'on considère qu'un "bien" n'est pas forcément corporel et que la notion de "bien immeuble" n'est pas traduisible telle quelle en droit anglais. Ceci demande quelques précisions.

Dans la Common Law sont distinguées la *real property* et la *personal property* auxquelles sont associées respectivement des actions réelles ou personnelles⁶². Cette distinction pourrait correspondre à celle établie dans le système romaniste entre biens immeubles et biens meubles auxquels sont respectivement attachées des actions réelles et personnelles. A la nuance près que

⁵⁹ RUDDEN Bernard, "Les biens et le trust", LEGRAND Pierre, *Common law. D'un siècle l'autre*, Montréal : Blais, 1992, 528p, p. 253-274, p. 261.

⁶⁰ MEGARRY R.E., WADE H.W.R., *The law of real property*, Londres: Stevens & Sons, 1984 (4^e éd.), 1204p, p. 4. Notre traduction : "*ou le détenteur pouvait le garder pour une période limitée, alors il était dit détenteur d'un domaine en fief simple, ou pour la vie, ou à l'échéance d'un nombre d'année donné, selon les cas.*"

⁶¹ RUDDEN Bernard, "Les biens et le trust", art. cit. note 59, p. 263.

⁶² Ces actions sont celles auxquelles pouvaient prétendre les tenanciers, selon leur condition : les tenanciers libres, par leur action réelle pouvaient récupérer leur bien tandis que les tenanciers non libres, par une action personnelle en équité, pouvaient prétendre à des dommages-intérêts.

l'estate – le domaine ou dominium – désigné aussi par fief simple dans sa forme la plus achevée, n'est pas l'équivalent de la propriété romaine, n'est pas non plus un droit subjectif, ni bien sûr un bien corporel. Pourtant, il est un bien. Dans ce cas, on peut suggérer, pour continuer avec la comparaison avec le système romaniste, qu'il est un bien incorporel⁶³, mais à condition de préciser de quelle sorte de bien incorporel il s'agit ; en l'occurrence, il se rapproche de la notion d'obligation. En effet, dans la distinction établie par Gaius, parmi les biens incorporels, on relève les *iura in rem*, les servitudes, et les *iura in personam*, les obligations. C'est dans cette dernière catégorie que s'inscrit *l'estate* qui donne droit d'agir en justice, c'est-à-dire "*c'est une chose qu'on ne possède pas, mais qu'on a le droit d'obtenir en intentant un procès, un chose à laquelle on a un right of action ; mais le terme se transfère aisément de la chose elle-même au droit, et puis à n'importe quel droit d'intenter une action personnelle.*"⁶⁴ Ainsi, le contexte juridique pertinent pour comprendre le trust, même si le point de départ est un bien corporel immeuble, c'est-à-dire une parcelle de terrain, est celui des biens mobiliers et incorporels, c'est-à-dire celui des obligations. Pour compléter et affiner la compréhension des discussions contemporaines relatives à la comparaison entre fiducie québécoise et trust de Common Law, il est également nécessaire de saisir ce que recouvrent les notions de *ownership* et *equity*, qui ne semblent pas être intégrées dans le Code québécois qui, lui, parle de "patrimoine d'affectation" sans titulaire.

B : Le trust et la fiducie : quelles interprétations ?

Il résulte de la définition du droit positif que la fiducie québécoise met en situation de tension juridique trois acteurs et un patrimoine sur lequel plusieurs montages de droits sont envisageables⁶⁵. La principale particularité offerte par la présentation québécoise de la fiducie est ce qui est désigné comme "patrimoine d'appropriation". Cette notion est celle qui porterait à penser que la fiducie n'est pas guidée par les conceptions de Common Law. Cette remarque est d'autant plus délicate à énoncer que le Code, présenté en deux langues, dans la tradition juridique

⁶³ Dans son exercice pour expliquer le langage des biens en Common Law à des juristes civilistes, Barry Nicholas explique cette fiction : "*Du point de vue romaniste, on pourrait être tenté peut-être de dire que dans le droit anglais des immeubles, il n'y a que des choses incorporelles, que le dominium est la couronne, et que les titulaires des estates ont des iura in re aliena.*" Même s'il poursuit en expliquant que tant dans les conditions féodales que dans les conditions modernes, cette analyse reste une fiction juridique jamais réalisée, elle renseigne néanmoins sur les concepts qui pourraient nous rapprocher de la compréhension de ce que représentent les mécanismes du trust. NICHOLAS Barry, "Le langage des biens dans la Common law", art. cit. note 51, p. 61-62.

⁶⁴ NICHOLAS Barry, *ibidem*, p. 64.

⁶⁵ Texte des deux premiers articles du Code civil de 1994 relatifs à la nature de la fiducie. Article 1260 : "*La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.*" Article 1261 : "*Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.*"

du Canada, traduit "fiducie" par *trust* dans la version anglaise. Que faire si le concept "fiducie" ne se révèle pas être celui de *trust* ? A cet égard, on peut rappeler que le vocabulaire juridique peut être trompeur : *"La coexistence de deux langages juridiques dans une seule langue n'est pas rare. Le langage juridique au Québec n'est pas nécessairement le langage juridique des Français, surtout dans la mesure où le législateur peut choisir lui-même son vocabulaire. Dès lors que le législateur québécois appelle fiducie le trust (art. 981a ss. du Code civil du Bas-Canada, 600 ss. du projet de Code civil du Québec), fiducie signifie – dans la langue juridique québécoise – trust. La question relève de la langue et non du droit positif."*⁶⁶ Cette réflexion sur les problèmes de traduction d'une langue à l'autre trouve sa pertinence dans le traitement dont est l'objet la fiducie, notion sœur du trust. Aborder le trust et la fiducie implique donc de s'interroger à la fois sur ces nuances juridiques et linguistiques. Deux questions principales se posent pour identifier les deux montages juridiques : déterminer, d'une part, les rôles respectifs du trustee/fiduciaire et du beneficiary/bénéficiaire, en particulier en définissant ce que recouvrent les notions de "*ownership*" et d'"*equity*" (1) et préciser, d'autre part, le contenu et le rôle attribués au "patrimoine d'affectation" dans le Code québécois (2). L'examen de ces deux aspects nous permettra de mieux préciser la nature de la relation entre trust et fiducie.

1) Ownership et Equity du trust

Un des verrous à la compréhension de la notion de la fiducie est le statut réservé au fiduciaire : alors qu'il ne pouvait pas être considéré autrement que comme propriétaire du patrimoine dans le Code du Bas-Canada, dans la nouvelle fiducie de 1994, le fiduciaire québécois n'est pas propriétaire des biens en fiducie comme le sont ses homologues, les *trustees*, en Common Law. *"The major controversy centred on the ownership of trust property. The courts concluded that the trustee was the owner, albeit that it was a qualified ownership. The majority opinion of the doctrine rejected that view as being incompatible with the civil law's concept of ownership."*⁶⁷

⁶⁶ SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p, p. 19. La question de la traduction juridique concerne le juriste, mais plus précisément le comparatiste. *"La traduction comporte sûrement la recherche de la signification d'une phrase juridique dans une première langue, et la recherche de la phrase qui est appropriée pour exprimer, dans une deuxième langue, cette signification. La première partie de l'opération est l'œuvre du juriste ; la deuxième partie est également l'œuvre du juriste ; l'opération tout entière appartient au comparatiste, qui est seul compétent pour établir si deux idées, appartenant à deux systèmes juridiques différents, se correspondent ou non, et si une différence des règles emporte une différence dans les catégories."* SACCO Rodolfo, *ibidem*, p. 22.

⁶⁷ McCLEAN A.J., "The trust in the Civil Code of Quebec", Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1992, 426p, p. 89-108, p. 91. Notre traduction : *"La principale discussion concernait la "propriété" du bien du trust. Les tribunaux conclurent que le fiduciaire était le propriétaire, même s'il s'agissait d'une propriété particulière. La majeure partie de la doctrine rejeta cette position comme étant incompatible avec le concept de propriété du droit civil."*

Pour présenter les rôles respectifs des différents acteurs dans le trust, précisons la notion de *ownership*. "*Moreover, ownership is quite certainly not merely usus, fructus and abusus. It is the sum of a larger number of rights.*"⁶⁸ Quels sont ces droits ? Même si l'*ownership* a un rapport avec le droit de propriété parce que c'est la forme la plus complète de droits relatifs à la propriété, contrairement à la notion civiliste, ces droits qui portent sur une chose ne sont pas exactement énumérés. Elizabeth Gianolla-Gragg en énumère dix⁶⁹ mais précise que leur nombre dépend des pays de Common Law et que l'esprit général de la doctrine juridique, surtout américaine, sur cette question, serait de considérer l'ensemble de ces droits comme un "*bundle of rights*" de la propriété : "*Ceci est une manière métaphorique d'énoncer que la propriété ne correspond plus à l'ownership mais consiste en relations existantes parmi les personnes eu égard aux choses.*"⁷⁰ Cette formulation rejoint celle relative à l'analyse du trust par Brierley qui le considère comme relevant davantage du droit des obligations que du droit de la propriété. D'ailleurs, Gianolla-Gragg poursuit dans ce sens : "*en somme, la forme anglo-américaine de la propriété se décrit mieux comme personnelle. La personne est au centre de l'univers foncier du common law et non pas l'objet. Et le droit de propriété accorde à cette personne un pouvoir, le pouvoir d'obliger la mise en vigueur d'un droit.*"⁷¹ Nous retrouvons ici le mécanisme qui rend possible la séparation entre les différents *estates* sur une même parcelle et explique la répartition des droits entre les différents acteurs concernés par la relation de fiducie.

En Common Law, l'usufruitier, c'est-à-dire le trustee, a été choisi pour être le vendeur car sur un plan économique, il est considéré comme étant celui le plus averti pour connaître la valeur du bien. Le nu-propriétaire, quant à lui, est intéressé car il recevra le fruit de la vente, "*un jour.*"

⁶⁸ McAULEY Michael et TALPIS Jeffrey, "The Quebec trust in the "real world"", Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, op. cit. note 67, p. 55-72, p. 57. Notre traduction : "*De plus, la propriété n'est certainement pas seulement usus, fructus et abusus. C'est la somme d'un plus grand nombre de droits.*"

⁶⁹ Les passages entre parenthèses correspondent à l'explication donnée par Elizabeth Gianola-Gragg dans ses notes de bas de page pour les notions qui appellent un commentaire. "*Les droits ordinaires d'ownership comprennent "le droit de posséder, le droit d'usage, le droit de gérer, le droit de profit, le droit au capital, la prohibition d'usage nuisible, le droit de sécurité (défini comme une forme d'immunité contre l'expropriation. Le propriétaire est assuré de rester propriétaire tant qu'il ne perd pas sa propriété à cause d'une faillite ou d'une dette), les droits ou les incidents de transmissibilité et d'absence de terme (réfèrent à l'assurance que la propriété peut être transmise aux successeurs du propriétaire et que l'intérêt n'est pas certain de se terminer après une certaine période ; à savoir, il est indéterminé), l'assujettissement à l'exécution (veut dire que le propriétaire est sujet à la perte de sa propriété conformément à l'exécution d'un jugement de dette ou d'insolvabilité) et l'incident de residuary (réfère au fait que chaque fois qu'un intérêt moins qu'ownership se termine, les droits correspondants sont assignés à autrui. Quand une servitude prend fin, le propriétaire est investi des droits exercés autrefois par le possesseur de la servitude)""*", GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *La sécurisation foncière...*, op. cit. note 45, p. 145, citant HONORE A., "Ownership", *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford University press, 1961, p. 113-128.

⁷⁰ GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *ibidem*, p. 147.

⁷¹ GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *ibidem*, p. 148.

"Notons au passage, que l'usufruitier doit, afin de jouir de la capacité de vendre, être *sui juris* ; le nu propriétaire, quant à lui, pourrait être mineur, voire non encore né."⁷² En revanche, dans la fiducie québécoise, le fiduciaire n'est pas le propriétaire du patrimoine transféré ; cette position est contraire à celle de la jurisprudence relative au trust de Common Law. En effet, dans la décision *Royal trust v. Tucker*,⁷³ la Cour suprême du Canada considère qu'il est attribué au trustee un titre *sui generis*. Cette position de la jurisprudence de la Cour suprême canadienne en 1982 repose sur la distinction entre *legal owner* et *equitable owner*.

Dans le trust, une distinction est établie entre les deux. Le premier est celui qui gère et administre, le second en est le bénéficiaire et "propriétaire" en équité. "Ils ont tous les deux un droit réel, mais celui du [beneficiary] n'est que relatif, c'est-à-dire qu'il ne vaut pas contre un tiers qui a reçu la chose à titre onéreux et sans connaissance du trust. Dans ce cas le droit [du beneficiary] s'attache à quoique ce soit que [le trustee] a reçu en échange de la chose."⁷⁴ A l'origine, le trust a été imaginé et réglementé par les règles de l'équité. La distinction découle de l'ancienne division entre les tribunaux de Common Law et ceux d'Equity issus de la juridiction du Chancelier. Ce corps de règle a pour fonction d'"assouplir le *"common law"*, de tempérer ses rigueurs et de suppléer à ses insuffisances."⁷⁵ L'Equity, parce qu'"elle ne s'occupait pas de la forme, mais du fond" et parce qu'"elle cherchait à rendre justice en considérant chaque cas comme un cas d'espèce"⁷⁶ a contribué à l'élaboration des règles du trust, en particulier lorsque le trustee n'agissait pas conformément aux directives du constituant du trust⁷⁷.

Les deux fiducies, celle de Common Law et celle résultant de la culture juridique québécoise, semblent donc ne pas avoir le même contenu. Cette question se pose particulièrement à propos du nouveau Code québécois car le droit civil ne reconnaît pas cette distinction entre *legal owner* et *equitable owner*. Entre le contenu du nouveau Code civil et la Common Law "*there is however one significant difference which be noted. The trustee does not become the owner of the trust property. As was just noted, the property of the trust is a distinct patrimony, and the trustee*

⁷² RUDDEN Bernard, "Les biens et le trust", art. cit. note 59, p 264.

⁷³ 1982, 1, S.C.R. 250.

⁷⁴ NICHOLAS Barry, "Le langage des biens dans la Common law", art. cit. note 51, p. 63.

⁷⁵ ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, 758p, p. 235. (équité) Pour la distinction entre règles de Common Law et d'Equity, p. 382.

⁷⁶ BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law...*, op. cit. note 48, p. 32.

⁷⁷ Les Cours de Common Law ne considéraient que la forme de l'opération, "*à savoir que le fiduciaire était propriétaire en droit du bien, et elles refusaient d'intervenir pour obliger le fiduciaire à agir conformément aux directives du constituant du trust. Le chancelier, pour sa part, ayant accepté de se pencher sur le fond de l'opération et d'examiner la raison d'être du transfert du bien, obligeait le fiduciaire à respecter son engagement sous peine d'emprisonnement.*", BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *ibidem*, p. 32.

has no real right with respect it"⁷⁸ dans la fiducie québécoise. Ce patrimoine d'affectation semble être, en théorie, à la fois contraire à l'esprit du trust de Common Law, mais également, ne pas répondre aux canons du principe d'indivisibilité du patrimoine de la tradition civiliste.

2) Patrimoine d'affectation et ownerless patrimony de la fiducie

La création d'un patrimoine distinct, le "patrimoine d'affectation" de l'article 1261⁷⁹, constitue une difficulté pour reconnaître la fiducie comme un montage relevant de la tradition de Common Law. La fiducie est une vision civiliste du trust de la Common Law. Considérer que *"les civilistes ont adopté la fiducie de Common law, en respectant toutefois les principes fondamentaux du droit civil"*⁸⁰ nous pose question : si les principes de droit civil sont réellement respectés, comment la fiducie envisagée peut-elle être de Common Law ? *"While, the "patrimony by appropriation" may not be immediately understood by a common lawyer, it would seem that the trust would in fact function in a way that the common lawyer could easily comprehend. If therefore, as well as compatibility with the civil law system, some degree of compatibility with common law jurisdictions was an objective, that too has been achieved."*⁸¹ Les adaptations qui ont été nécessaires permettent de déterminer là où les conceptions juridiques sont réellement différentes pour résoudre un même problème. La notion de "patrimoine sans titulaire" (*ownerless patrimony*) paraît, aux auteurs qui discutent la nature juridique de la fiducie québécoise, incompatible avec la responsabilité civile ; ils se demandent : *"is it not curious that the trustee, who has no real right over a distinct patrimony, should be personally liable for breach out of funds in his own distinct patrimony ?"*⁸² Ils poursuivent leur démonstration en considérant que la fiducie québécoise telle qu'elle est présentée dans le Code n'est pas en harmonie avec la tradition juridique du Québec, mais ne correspond pas non plus à l'esprit du trust. *"The ownerless*

⁷⁸ McCLEAN A.J., "The trust in the Civil Code of Quebec", art. cit. note 67, p. 92. Notre traduction : *"Il y a cependant une importante différence qui doit être soulignée. Le fiduciaire ne devient pas le propriétaire du bien du trust. Comme cela vient d'être signalé, le bien du trust constitue un patrimoine distinct, et le fiduciaire n'a pas de droit réel en ce qui le concerne."*

⁷⁹ Article 1261 du Code civil : *"Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel"*.

⁸⁰ BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law...*, op. cit. note 48, p. 520.

⁸¹ McCLEAN A.J., "The trust in the Civil Code of Quebec", art. cit. note 67, p. 108. Notre traduction : *"Alors que la notion de "patrimoine d'affectation" peut ne pas être comprise immédiatement par un juriste issu de la tradition de Common law, il semble qu'il est plus facile à celui-ci de saisir celle de trust. Donc si, de la même manière qu'avec le système civil, l'objectif était d'atteindre un certain degré de compatibilité avec les juridictions de common law, cet objectif a aussi été atteint."*

⁸² McAULEY Michael et TALPIS Jeffrey, "The Quebec trust in the "real world", art. cit. note 68, p. 60. Notre traduction : *"n'est-il pas curieux que le fiduciaire, qui n'a pas de réel droit sur le patrimoine d'affectation, puisse être personnellement responsable d'un manque de fonds dans ce propre patrimoine d'affectation ?"*

patrimony has established a new psychological context for the new Quebec trust, and we would maintain, adverse to its alignment with common law traditions."⁸³

Les auteurs ont tenté de qualifier la fiducie québécoise au regard des catégories juridiques de droit civil déjà existantes. *"Patrimonies by appropriation have therefore been likened to corporations, foundations and others morale persons. The trust, however, is vastly different from a corporation in that the discharge of its purpose focuses on the activities on one player, the trustee, who, on the temporal basis, monopolizes the game. For the duration of the trust, the trustee has powers not dissimilar to those of the full owners or as full an owner as nowadays one can be."*⁸⁴ Selon certains d'entre eux, les fonctions attribuées au patrimoine d'affectation pourraient faire penser à la notion de personne morale. La personnalité morale permet en droit civil différentes applications, pourtant ce n'est pas cette construction que l'on retrouve dans le Code civil : quoique dans le Code du Bas-Canada la notion de "corporation" était présente, *"l'interprétation qu'on en a fait au Québec a eu le malencontreux effet d'implanter une définition de la personnalité morale calquée sur le modèle restrictif de la Common law. La personnalité morale, conçue en droit civil comme une technique aux applications multiples, ne fournit pas au droit privé québécois la souplesse dont il aurait besoin pour faire contrepoids à la rigidité qui découle de l'unicité de sa notion de propriété et de l'indivisibilité de principe du patrimoine individuel."*⁸⁵ Cependant, quelques similitudes peuvent être observées entre la fiducie québécoise et la notion de fondation ; pourtant, étant donné l'originalité de la construction québécoise, l'assimilation n'est possible ni avec les fondations, ni avec tout autre montage de droit romaniste dont la structure est "bousculée" par la distinction entre droit réel et droit personnel⁸⁶.

Nous l'avons signalé, la fiducie va continuer à attirer notre attention dans la suite de nos développements à propos des revendications amérindiennes. En effet, nous venons d'examiner comment elle est, à sa façon, le fruit des échanges entre les cultures juridiques d'origine

⁸³ McAULEY Michael et TALPIS Jeffrey, *ibidem*, p. 67. Notre traduction : *"Le patrimoine sans titulaire a institué un nouveau contexte psychologique pour le nouveau trust au Québec, et maintiendrions-nous, opposé à son alignement avec les traditions de Common law."*

⁸⁴ McAULEY Michael et TALPIS Jeffrey, *ibidem*, p. 60. Notre traduction : *"Les patrimoines d'affectation ont été rapprochés des corporations, des fondations ou autres personnes morales. Le trust, cependant, est nettement différent d'une corporation par le fait que la réalisation de ses objectifs converge sur les activités d'un seul acteur, le fiduciaire, qui sur une base temporelle, monopolise le jeu. Pendant toute la durée du trust, le fiduciaire a des pouvoirs qui ne sont pas très différents de ceux détenus par les pleins propriétaires ou par un propriétaire aussi puissant qu'on peut l'être aujourd'hui."*

⁸⁵ CANTIN CUMYN Madeleine, "Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français...*, op. cit. note 1, p. 375- 382, p. 380.

⁸⁶ ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF/Lamy, coll. Quadrige, 2003, 1649p, p. 1490 (entrée trust).

européenne du Canada. Elle constituera le centre de nos préoccupations dans l'étude des relations entre Amérindiens et État fédéral. Ces relations ne sont pas bilatérales puisque les provinces ont également des intérêts à défendre dans le débat public autour des revendications amérindiennes, en particulier la province québécoise. Ainsi, dans le contexte de la résolution des questions amérindiennes qui met en évidence les différences des cultures, un autre aspect de la rencontre des cultures juridiques nous apparaît : comment la fiducie a-t-elle été un élément d'interprétation utilisée par l'organisation judiciaire pour fonder la relation entre la Couronne et les Amérindiens ? Et comment les acteurs en présence, groupes amérindiens, provinces, État fédéral y ont-ils réagi ? Mais auparavant, il est nécessaire d'examiner comment, dans le contexte sénégalais, les façons de concevoir la propriété et l'utilisation des terres, implantées pendant la colonie, ont été prises à son propre compte par le Sénégal indépendant, de manière à disposer d'éléments comparatifs sur les deux situations post-coloniales.

Section 2 : État, droit et politiques de la terre dans le Sénégal indépendant

Nous avons vu que les politiques d'immatriculation, dans la perspective d'instaurer la propriété d'inspiration civiliste, ont une place importante dans la maîtrise des sols, au Sénégal, et ce, depuis le début du 20^e siècle. Cependant, le domaine immatriculé pourrait connaître une nouvelle phase, en raison de la diversification des acteurs publics habilités à immatriculer des terrains. Dans un premier temps, en vertu des dispositions de la loi relative au domaine national, seul l'État avait la possibilité d'immatriculer en son nom des terrains appartenant au domaine national. Depuis 1987, le droit des particuliers d'accéder, dans certaines conditions, à la propriété d'un terrain du domaine de l'État situé en zone urbaine, a été élargi⁸⁷. D'autre part, le mouvement de décentralisation initié au Sénégal est censé accroître la marge de manœuvre des collectivités, en particulier les communes qui, comme celle de Saint-Louis, détiennent des titres fonciers. L'apparition de ces nouveaux intervenants, les particuliers et les communes, ne doit cependant pas occulter que l'État reste l'acteur essentiel du jeu foncier et domanial. C'est pourquoi nous consacrons un premier développement à la politique menée en matière domaniale par l'État sénégalais en tenant compte de ses enjeux actuels. Puis, après avoir exposé les différentes modalités de gestion du domaine national et du domaine privé de l'État (§1), seront examinées, dans un deuxième temps, les capacités en matière domaniale des collectivités locales, ce qui nous conduira à montrer comment les droits traditionnels continuent de cohabiter avec le droit écrit dit "moderne" mais peu adapté aux pratiques et aux besoins des populations (§2).

§ 1 : L'État sénégalais et le droit de la terre

Au Sénégal, les droits traditionnels continuent d'orienter les pratiques et de servir de repères aux populations. Dans le même temps, que ce soit pendant la période coloniale ou dans le Sénégal indépendant, la maîtrise théorique du sol appartient à l'État. La loi de 1964 le désigne comme le "détenteur" du domaine national. "Détenue" par l'État, ce domaine n'est pas présenté, conformément à l'esprit des valeurs traditionnelles, comme étant la propriété de l'État. Celui-ci n'en est pas, en théorie, le propriétaire mais le "maître de la terre", un "maître de la terre moderne" en quelque sorte, qui en assure l'utilisation et la mise en valeur rationnelles. Dans sa recherche d'équilibre entre les pratiques traditionnelles et un droit propre à assurer le

⁸⁷ Ce droit n'a pas été créé en 1987, puisque le dispositif de la loi sur le domaine national le permettait depuis 1964, mais nous verrons comment la loi de 1987 en élargit les possibilités d'immatriculation.

développement du pays, le législateur de l'État indépendant a mis en place un régime du sol qui a fait l'originalité du régime domanial sénégalais : la création de l'entité "domaine national", présentée comme le point d'équilibre permettant respect des traditions et développement du pays. L'État est également propriétaire de nombreux terrains à titre privé. Sur ce domaine privé de l'État, particulièrement important dans les villes, l'État mène une politique domaniale qui vise à gérer le développement urbain et à rentabiliser son occupation, la ville étant conçue comme un espace d'habitation mais aussi comme un espace économique où la circulation des hommes et des marchandises doit être facilitée. Pour montrer comment cette politique est mise en œuvre, nous présenterons l'économie de la réforme sur le domaine national, souvent présentée comme la particularité sénégalaise de la gestion du territoire (A). Cependant, nous montrerons que le domaine national semble parfois conçu comme une "réserve" pour constituer le domaine privé de l'État. Quoique cela n'ait pas été un des objectifs annoncés du législateur de 1964, la réforme sur le domaine national a parfois été considérée, par ses détracteurs, comme une étape vers la généralisation de la propriété privée. Nous envisagerons dans quelles mesures le montage juridique créé autour du domaine national est ou non susceptible d'entraîner cette généralisation de la propriété privée par le biais de la procédure d'immatriculation (B).

A : Interprétations du domaine national

Nous avons souligné la distinction entre espace profane et sacré. Cette distinction joue un rôle essentiel dans le droit traditionnel, mais elle est également prise en considération par le droit dit "moderne". Les valeurs que contient la notion de domaine national renvoient, par les raisons qui ont motivé sa création et son régime, à un espace dont la logique présentée par le législateur de 1964 était de prendre en compte le caractère sacré de la terre. *"Le caractère absolu et souverain du droit de propriété heurte nos conceptions, cadre mal avec notre existence communautaire. Chez nous, la propriété privée était connue sur des bases semblables aux bases occidentales en ce qui concerne les choses mobilières, mais il ne pouvait exister sur la terre que des droits différents, des démembrements du droit de propriété généralement multiples et superposés à l'image de la hiérarchie sociale."*⁸⁸ Cet extrait du Rapport de la Commission législative de l'Assemblée Nationale de juin 1964 reflète l'esprit des travaux de préparation de la loi 64-46 du 17 juin⁸⁹ qui crée le domaine national. Cet aspect est largement souligné dans les travaux préparatoires de la réforme ; nous examinerons ensuite le dispositif de la loi pour comprendre

⁸⁸ *Rapport de la Commission de la Législation et de la Justice de l'Assemblée Nationale*, Juin 1964, Dakar, Direction de l'Aménagement du Territoire, Lois, décrets et circulaires concernant le domaine national, 1970, p. 13.

⁸⁹ Loi 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, JORS du 11 juillet 1964, p. 905. **Voir la loi annexe XVI.**

dans quelles mesures cet esprit se retrouve effectivement dans la mise en œuvre ; en l'occurrence, les intentions du législateur peuvent paraître ambiguës (1), mais le recours aux procédures d'immatriculation nous éclaire sur la véritable politique envisagée (2).

1) Esprit et contenu de la loi sur le domaine national

Les travaux préparatoires de la loi débutent dès août 1959 avec la création du Comité interministériel d'étude pour une réforme foncière. Ce comité est chargé "*de recenser l'état des régimes fonciers légués par les périodes pré-coloniale et coloniale [et] définir les orientations d'une nouvelle politique. (...) [Les conclusions de l'administration de la conservation foncière] montrent les difficultés naissant de la coexistence de régimes fonciers différents.*"⁹⁰ Le Rapport de la Commission législative précise que "*les terres dont la gestion ne relève pas de la compétence des collectivités publiques peuvent, sur le plan juridique, être rangées en deux catégories : les terres immatriculées ou détenues en conformité des dispositions du Code civil (1% environ) dont la situation est exactement connue, [et] les autres terres qui représentent la quasi-totalité de la surface disponible et intéressant par suite la majeure partie de la population. Ce sont évidemment ces dernières terres que concerne le projet de réforme*"⁹¹ et qui constituent le domaine national. Le rapport justifie la création de ce domaine parce que "*l'État a, seul, vocation à organiser, contrôler et garantir pour le bien de tous, l'usage de l'ensemble des terres.*"⁹² Avant de préciser le régime du domaine national, remarquons que la situation des 1% de terres, censées faire l'objet d'une propriété écrite, n'est pas aussi "*exactement connue*" que le prétend le rapport ; ce chiffre est contesté y compris à Dakar ; l'examen de la propriété foncière des particuliers à Saint-Louis permettra de préciser dans quelles mesures ces terres, principalement situées en milieu urbain, se trouvent parfois dans une situation juridique imprécise.

Une seconde remarque concerne justement la distinction faite entre milieu urbain et rural. Le président L.S. Senghor présente, dans son discours du 1^{er} mai 1964, la loi sur le domaine national comme "*un cadeau que le gouvernement entend apporter aux travailleurs urbains et ruraux,*"⁹³

⁹⁰ LE ROY Étienne, "L'émergence d'un droit foncier local au Sénégal", CONAC Gérard (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris : Economica, 1980, 509p, p. 109-140, p. 121.

⁹¹ PEYTAVIN André, Ministre des Finances et des Affaires Economiques, Projet de loi portant création et organisation du domaine national et exposé des motifs, Direction de l'Aménagement du Territoire, p. 24.

⁹² PEYTAVIN André, *ibidem* p. 28.

⁹³ SENGHOR L.S., *Conseil National de l'UPS (l'Union Progressiste Sénégalaise) du 1^{er} mai 1964*, cité par MOLEUR Bernard, "Genèse de la loi relative au domaine national", *Annales africaines*, Dakar, 1983-1985, p. 11-?, p. 11.

la réforme sur le domaine national vise certes les zones urbaines et rurales, cependant cette loi obéit à des logiques politiques et juridiques différentes selon les zones. La loi 64-46 définit le contenu du domaine national et distingue quatre zones. Aux termes de l'article 1^{er}, constituant de plein droit le domaine national, toutes les terres "*non-classées dans le domaine public, non-immatriculées et n'ayant pas fait l'objet d'un acte transcrit constitutif ou déclaratif d'un droit de propriété, ne faisant pas l'objet d'une procédure d'immatriculation au nom d'une personne autre que l'État.*" Si l'on considère que les terres immatriculées, ou en voie de l'être, sont peu nombreuses et que 10% du territoire concerne le domaine public maritime, on peut estimer que le domaine national recouvre un peu moins de 90 % de la superficie du Sénégal.

La loi précise que le domaine ne constitue pas une entité homogène : les articles 4 à 8 le classent en quatre catégories selon l'affectation réservée à ces différents terrains. Les zones urbaines regroupent les terres réservées au développement urbain ; les zones classées sont constituées par les réserves écologiques et forestières ; les zones des terroirs correspondent aux terres régulièrement exploitées par l'habitat rural, la culture et l'élevage ; les zones pionnières, enfin, sont destinées à accueillir des programmes d'aménagement et de développement. Dans notre travail, nous nous attacherons plus particulièrement à la logique qui régit l'occupation des zones urbaines, dans la mesure où ce sont les pratiques des citadins qui ont été l'objet de la plupart de nos recherches sur le terrain ; mais pour autant, étant donné que la distinction rural/urbain doit être nuancée et que les questions relatives au foncier rural sont cruciales, nous ne pouvons pas les éluder, tant elles nous donnent des éléments de compréhension de la logique générale des politiques foncières au Sénégal. D'ailleurs, le législateur définit les zones une à une mais son attention se porte particulièrement sur les zones des terroirs dont nous verrons que la création s'est accompagnée d'une réorganisation administrative et territoriale⁹⁴. Le fait que l'accent soit mis sur les zones des terroirs dans le texte juridique sur le domaine national s'explique par la volonté affichée du gouvernement de 1964 de mettre l'accent sur sa politique d'aide au développement du pays par l'agriculture.

Les dispositions concernant le régime des zones urbaines sont plus succinctes. La superficie de ces zones est, il est vrai, beaucoup moins importante que celle des zones des terroirs. Quoique la

⁹⁴ Ces zones ont, en effet, la particularité d'être gérées, sous l'autorité de l'État, par un Conseil Rural à qui est attribué la compétence d'affecter les terres du domaine national, comprise dans le territoire de la Communauté rurale. Décret n° 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions générales d'application de la loi du 17 juin 1964, JORS du 29 août 1964, p. 1123 et décret n° 72-1288 du 27 octobre 1972 relatif aux conditions d'affectation et de désaffectation des terres du domaine national comprises dans les Communautés rurales, JORS du 18 novembre 1972, p. 1194. **Voir tableau relatif à la gestion foncière et domaniale au Sénégal en annexe XVII.**

question urbaine soit pourtant elle aussi capitale, la population étant urbanisée à 40%⁹⁵, dans la loi de 1964 un seul article lui est spécifiquement consacré, l'article 5, qui les situe sur le territoire des communes et des groupements d'urbanisme. Les zones urbaines peuvent être à vocation de construction ou à vocation agricole⁹⁶. Conçues comme des réserves foncières, les zones urbaines comprises dans le domaine national sont destinées à accueillir le développement urbain. La loi est l'illustration de ce principe dans la mesure où toutes les dispositions relatives à ces zones concernent leur sortie du domaine. En effet, leur vocation de réserve n'est qu'éphémère ; pour accueillir les aménagements par les politiques d'urbanisme, ces zones quand elles ne sont pas destinées à devenir des terres rurales urbaines, sont amenées à être immatriculées. Aux termes de l'article 3 de l'alinéa 1, applicables à toutes les zones, elles ne peuvent l'être qu'au nom de l'État. Cette immatriculation est d'autant plus importante qu'elle est une condition pour obtenir une autorisation de construire, autorisation requise aussi bien pour les constructions de l'État que pour celles des particuliers. L'occupation par ces derniers pose question : l'article 15 de la loi 64-46 prévoit le maintien des personnes dont l'occupation préexistait à la loi. Or, cette occupation est inconfortable : si ces habitants n'ont pas requis d'immatriculation – ce qui est souvent le cas –, ils ne peuvent pas prétendre à une autorisation de construire et ne peuvent donc pas, légalement et réglementairement, investir dans la construction d'habitations solides et permanentes.

Cette situation paradoxale en milieu urbain a fait dire aux auteurs de l'ouvrage *Le droit foncier sénégalais*, que les "zones urbaines du domaine national constituent l'assise idéale pour le développement des bidonvilles."⁹⁷ Cette affirmation est caricaturale dans la mesure où d'une part, les bidonvilles n'ont pas besoin du domaine national pour se développer et que, donc, il n'y a pas de lien de cause à effet direct entre l'institution du domaine national et l'apparition de bidonvilles et d'autre part, il existe dans les zones urbaines de nombreux cas de constructions modernes bâties sans permis. Il est néanmoins exact que ce dispositif de la loi a posé certaines difficultés au début de son application, dans la continuité de celles nées pendant la période de colonie. "Avant l'entrée en vigueur de la loi relative au domaine national, des autorisations de construire

⁹⁵ Selon les estimations démographiques des Nations Unies, en 2025, plus de 60% de la population sénégalaise sera citadine avec environ 11,2 millions de personnes, concentrée en particulier dans le Grand Dakar. RONDINELLI Dennis A. et MINIS Henry P., "Restructuration administrative en vue d'un ajustement économique : politique de décentralisation au Sénégal", *Revue internationale de science administrative* (RISA), 1990, vol. 56, n° 3, p. 535-557, p. 539.

⁹⁶ Les zones à vocation agricole en zones urbaines ne sont pas à négliger : 70% de la population active sénégalaise vit de l'agriculture, notamment dans des secteurs péri-urbains. Décret n° 66-858 du 7 novembre 1966 portant application de l'article 5 de la loi du 17 juin 1964 relative au domaine national et fixant les conditions de l'administration des terres du domaine national à vocation agricole situées dans les zones urbaines.

⁹⁷ CAVERIVIERE Monique et DEBENE Marc, *Le droit foncier sénégalais*, Paris : Berger Levrault, coll. Mondes en devenir, 1988, 321p, p. 248.

étaient accordées aux occupants des terrains non-immatriculés situés en zones urbaines, (...) les requérants produisaient, en général, à l'appui de leur demande, un certificat du chef coutumier"⁹⁸, institué pendant la période coloniale et ayant valeur de preuve écrite.

Puis, en 1964, ces terrains ont été incorporés au domaine national et ne pouvaient, légalement, plus être ni occupés, ni constructibles car sans immatriculation... L'émergence de telles situations s'explique et a été anticipée par le législateur, mais le dispositif adopté n'était pas adapté aux pratiques juridiques des populations déjà installées. Ainsi, la loi sur le domaine national a fait changer soudainement le régime juridique du sol sur lequel des populations avaient déjà construit. Pour organiser la transition, l'article 3 alinéa 2 de la loi reconnaît, toutefois, aux occupants du domaine national, dans certaines conditions de mise en valeur, le droit de requérir une demande d'immatriculation, pendant une période de six mois. Cet alinéa confirme la possibilité d'un droit d'occupation mais *"la loi n'a pas prévu la délivrance d'un titre établissant l'existence desdits droits. Il en résultait, qu'au-delà de la période transitoire, les occupants du domaine national étaient dans l'impossibilité de produire le titre exigé par le Code de l'Urbanisme lors du dépôt d'une demande d'autorisation de construire et ne pouvaient, par conséquent, obtenir la dite autorisation."*⁹⁹ L'arrêté du 26 mai 1970 propose une solution à cette situation et *"précise que le titre à produire est un certificat délivré par le Gouverneur de région, après enquête et avis d'une commission"*¹⁰⁰ dans laquelle sont représentées les inspections des Domaines et du Cadastre. Dans certaines communes, dont Saint-Louis, la délivrance de l'autorisation de construire est, en plus de ce certificat, subordonnée au dépôt d'un plan du terrain.

Toutes ces dispositions sont censées régler le sort des zones urbaines du domaine national et de leurs occupants. L'examen de leurs modalités d'application souligne qu'elles ont été, en définitive, très peu mises en œuvre, cela pour des raisons pratiques (manque de moyens, de personnels et de matériels des administrations), mais aussi parce que les usagers n'éprouvaient pas le besoin d'immatriculer un terrain sur lequel leur droit à occuper était reconnu traditionnellement par le groupe. Ce comportement qui consiste à ne pas recourir aux procédures juridiques du droit sénégalais est une illustration caractéristique de la différence des

⁹⁸ Polycopié des cours de l'Enam de Dakar, auteur ?, s. d, p. 115. Le décret du 2 mai 1906 instituant un mode de constatation écrite des conventions passées entre indigènes *"pouvant procurer aux intéressés, le cas échéant, la preuve littérale qui a fait défaut"*. Ministère des colonies, dans le rapport introductif du décret du 2 mai 1906.

⁹⁹ Polycopié des cours de l'Enam de Dakar, auteur ?, s. d, p. 115.

¹⁰⁰ Arrêté n° 6-288 du 26 mai 1970 relatif aux demandes d'autorisation de construire dans les zones urbaines sur des terrains faisant partie du domaine national.

représentations du droit sur la terre. Dans les conceptions traditionnelles, l'occupation d'un terrain est reconnue par le groupe, sans que soit nécessaire l'inscription de ces droits sur un registre pour rendre cette occupation légitime. Ce à quoi s'ajoute que, d'une manière générale, en raison de ces représentations, il semble que la délimitation du domaine national ne soit pas facile, puisqu'à sa création en 1964, les populations occupaient de façon permanente la plupart des terrains, alors qu'ils sont censés avoir une fonction de réserve : au regard des pratiques, très peu de terrains ne forment partie du domaine national tel qu'il est conçu en théorie.

Cet état de fait s'explique par le contexte socio-économique de la réforme. En 1964, la création du domaine national est conçue par le législateur pour permettre à l'État de mettre en œuvre sa politique de développement économique et social. Selon certains auteurs, la création du domaine national serait un stratagème discret pour finalement s'accaparer le sol sénégalais sans coût, et *"dénier toutes existences aux formes autochtones et précoloniales d'appropriation de l'espace."*¹⁰¹ Cependant, une nuance peut être apportée si l'on distingue le régime des différentes zones comprises dans le domaine national. Quoique les droits coutumiers aient été supprimés par la loi de 64, l'article 15 de la loi 64-46 ne remet pas en cause les occupations traditionnelles. Ce sont les modalités d'attribution des droits d'occupation des terrains situés en zones de terroir qui ont été modifiés. Kader Fanta Ngom fait remarquer que les conseils ruraux, visés à l'article 8 de la loi, prennent en considération les occupations traditionnelles qui, dans la pratique, limitent parfois l'attribution de terres à certaines populations – femmes et jeunes – pourtant aptes à mettre en valeur les terres. Selon lui, dans la communauté rurale de Gamadji Saré qu'il a étudiée, le Conseil procède à des *"affectations automatiques"* aux propriétaires traditionnels ; selon l'auteur, l'insuffisance du contrôle de la capacité financière de mise en valeur pose problème car des *"affectataires potentiels (ceux qui répondent à la condition de capacité de mise en valeur) continuent à ne pas avoir de terre"*¹⁰² au profit des détenteurs traditionnels.

La procédure d'immatriculation au nom de l'État a essentiellement été utilisée en zones urbaines où le rôle joué par l'État, pendant la période coloniale et après, a connu une certaine continuité : *"sous couvert de socialisme africain, le législateur améliore l'action coloniale sans en modifier*

¹⁰¹ LE ROY Étienne, "La loi sur le domaine national a vingt ans : joyeux anniversaire ?", *Mondes en développement*, t. 13, n° 52 (spécial Sénégal), 1985, p. 667-685, p. 670.

¹⁰² NGOM Kader Fanta, *Pratiques de mise en valeur du domaine national comprises dans les communautés rurales : l'exemple de Gamadji Saré*, Saint-Louis, Université Gaston Berger, Rapport de stage de maîtrise de droit, 1995, 62p, p. 54.

substantiellement les orientations (...)"¹⁰³. Pour Bernard Moleur, la clé de "*la continuité fondamentale entre État colonial et État national*" explique, selon lui, qu'"*aucune véritable mise en valeur n'est concevable en dehors de l'État.*"¹⁰⁴ On peut remarquer néanmoins que si l'État est l'initiateur des politiques de développement, les populations, en contribuant à leur réalisation, en ont été les principaux moteurs.

2) Interprétation du lien entre domaine national et immatriculation : exemple des zones urbaines

La politique d'immatriculation de l'État sénégalais s'inscrit dans le cadre de la politique étatique de maîtrise des sols. Dans les zones urbaines, le recours à l'immatriculation était prévu et réclamé par les législateurs de 1964 qui n'avaient pas exclu la notion de propriété privée en ville. André Peytavin, ministre des Finances d'alors, avait cru bon de préciser dans l'exposé des motifs de la loi que "*ce qui est condamnable, c'est l'appropriation privée généralisée et injustifiée des terres mais non le droit en lui-même dans la mesure où il est exercé dans les conditions conformes à l'intérêt général et où il peut constituer un facteur de développement social et économique.*"¹⁰⁵ Dans la perspective de mise en œuvre de cette politique, il était essentiel pour les autorités d'assurer un contrôle étatique particulièrement étroit et efficace sur le sol urbain. En effet, l'exode rural et la densification citadine allaient faire des villes un enjeu foncier sensible, qui pouvait être une source importante de revenus pour le budget de l'État. A cet égard, les propos du ministre des Finances de l'époque sont très clairs quand il annonce que le droit de propriété "*subsistera dans les villes où il ne paraît guère possible d'appliquer systématiquement une autre formule juridique.*"¹⁰⁶ Nous nous interrogeons sur la portée de cette déclaration en examinant les modalités prévues pour immatriculer les zones urbaines du domaine national.

La procédure d'immatriculation s'inscrit dans une logique de généralisation de la propriété et tient une place essentielle dans le régime juridique des zones urbaines. Cette procédure est exigée, par le Code de l'urbanisme, pour pouvoir prétendre à une autorisation de construire. Le Code de l'urbanisme de 1966 affirme expressément cette nécessité dans son article L17 en évoquant "*une immatriculation obligatoire au nom de l'État des terrains du domaine national compris dans les zones urbaines.*"¹⁰⁷ Le rappel de cette formule est intéressant car l'évolution du

¹⁰³ LE ROY Étienne, "La loi sur le domaine national a vingt ans : joyeux anniversaire ?", art. cit. note 101, p. 670.

¹⁰⁴ MOLEUR Bernard, "La loi coloniale : son idéologie, ses contradictions", ROCHEGUDE Alain et VERDIER Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris : L'Harmattan/CNRS, 1986, 296p, p. 79-100, p. 100.

¹⁰⁵ PEYTAVIN André, Ministre des Finances..., art. cit. note 91, p. 36. Cette remarque confirme les nuances qu'il faut apporter aux conceptions sur les droits collectifs qui intègrent une certaine mesure d'individualisation des droits.

¹⁰⁶ PEYTAVIN André, *ibidem*, p. 36.

¹⁰⁷ Loi 66-47 du 27 mai 1966 abrogeant et remplaçant le Code de l'urbanisme, JORS du 25 juin 1966, p. 705.

texte juridique suggère que l'individualisation de la propriété, introduite dès la colonisation, demeure dans les mœurs urbaines. Du point de vue de l'évolution législative, le Code de l'urbanisme modifié en 1988¹⁰⁸, reprend les dispositions relatives à l'immatriculation des zones urbaines du domaine national pour les opérations d'aménagement (art. 19). L'immatriculation n'est pas la propriété, elle en est seulement l'étape initiale, une démarche administrative dont le terrain doit faire l'objet, pour que la personne qui prétend à des droits puisse les consolider. L'immatriculation est requise pour accéder à la propriété et à l'autorisation de construire. A propos de l'évolution des demandes d'autorisation de construire, il faut souligner qu'elles sont dorénavant délivrées par le maire, depuis la loi de décentralisation de 1996¹⁰⁹. Précisons que l'État garde un rôle prééminent dans la mesure où la décision n'est exécutoire qu'avec l'approbation préalable du représentant de l'État.

La procédure d'immatriculation est organisée par le décret d'application 64-573¹¹⁰ auquel renvoie la loi 64-46 sur le domaine national. Le dispositif du décret distingue les différentes zones. Pour les zones rurales, la procédure qui demande une déclaration d'utilité publique est décrite avec précision in extenso. En revanche, pour les zones urbaines, le rédacteur a procédé par renvoi, le mécanisme étant sensiblement identique. Cependant, il faut noter que si le procédé du renvoi permet d'alléger la lecture des lois et règlements, il peut être source de confusion, au moment de l'interprétation. En l'espèce, la rédaction de l'article 31 du décret d'application, commun aux deux procédures, débute par "*Après la déclaration d'utilité publique*" ; la lecture amène à interpréter le texte dans le sens de la nécessité d'une déclaration d'utilité publique, aussi bien dans les zones des terroirs que dans les zones urbaines. L'origine de notre hésitation émane d'une lecture différente par les auteurs du *Droit foncier sénégalais* qui concluent à l'absence d'une déclaration d'utilité publique dans les zones urbaines où, disent-ils, "*les terrains à bâtir peuvent être immatriculés avec beaucoup de facilité*"¹¹¹. La "*facilité*" dont ils parlent implique-t-elle la non-nécessité d'une déclaration d'utilité publique ? Il ne nous semble pas. Leur position s'explique par l'orientation donnée à l'ensemble de leur étude qui veut démontrer la politique patrimoniale de l'État sénégalais en zones urbaines. Même s'il est difficile de contester catégoriquement que l'État conduise une telle politique, il n'en reste pas moins exact qu'une déclaration d'utilité publique est nécessaire pour l'immatriculation, y compris dans les zones urbaines. Confirmation nous en a été

¹⁰⁸ Loi 88-05 du 20 juin 1988 portant Code de l'urbanisme, JORS du 16 juillet 1988, p. 419.

¹⁰⁹ Lois 96-06 et 96-07 du 22 mars 1996 portant Code des collectivités locales et transfert de compétence aux régions, aux communes et aux communautés rurales, JORS n° 5689 du 20 mai 1996.

¹¹⁰ Décret 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions d'application de la loi 64-46, JORS du 29 août 1964, p. 1183.

¹¹¹ CAVERIVIERE Monique et DEBENE Marc, *Le droit foncier sénégalais*, op. cit. note 97, p. 248.

faite, par le responsable des domaines de Saint-Louis, qu'en l'occurrence l'utilité publique serait constituée, par exemple, si la création d'un lotissement destiné au logement était envisagée, comme ce fut le cas à Saint-Louis, dans le quartier de Guet Ndar.

Cet exemple donné par ce responsable nous rappelle qu'à nouveau, les représentations interviennent dans ce qui peut être jugé comme étant d'utilité publique ou non, quoiqu'on veuille enfermer cette procédure dans le carcan du discours administratif supposé être absolument neutre. Si l'utilité publique est requise par les textes, elle ne doit pas occulter le contexte dans lequel sont déclarées "*d'utilité publique*" les immatriculations. La déclaration d'utilité publique peut être sujette à discussion, elle est une question d'interprétation et de représentations de ce qu'on conçoit bénéfique à la communauté nationale. Comme dans le cas des expropriations, cela pose la question de l'équilibre entre le respect des droits individuels de propriété et la réalisation de projets publics d'aménagement du territoire. Équilibre que l'on tente d'atteindre avec la question des indemnités. "*Justes et préalables*", celles-ci sont justifiées dans le cas de l'expropriation par l'atteinte au droit de propriété, diversement sacralisé selon les latitudes et les époques. Pourtant, on a montré comment il était plus juste de parler des différents droits contenus dans la notion de propriété que d'un droit de propriété qui serait monolithique¹¹², d'autant qu'une lecture de ce droit relevant seulement du discours philosophico-politique est d'une faible opérationalité dans la pratique.

Or, dans la situation sénégalaise, si l'on suit le législateur de 1964 jusqu'au bout de ses raisonnements, les principes de l'expropriation sont appliqués à un sol, le domaine national, qui ne serait pas appropriable... donc, a fortiori, pas expropriable, en théorie. Cette apparente curiosité juridique – qui n'en est pas une – résulte des conditions de création du domaine national par l'État sénégalais qui "*sans nationaliser*", c'est-à-dire *sans réquisitionner, exproprier puis indemniser, donne un sens original à la notion de nationalisation*."¹¹³ Il est exact que le domaine national est une notion originale mais le dispositif prévoit des indemnités : l'article 38 du décret 64-573 prévoit leur versement aux occupants des terrains du domaine national immatriculés par l'État. Cette disposition peut être considérée comme une reconnaissance, en creux, des droits traditionnels, paradoxalement, au moment limite où ils disparaissent : ils sont reconnus pour être

¹¹² Voir dans la partie I, titre 2, chapitre 4, § 2 : Loi, pratiques et représentations de la propriété, p. 201, mais également dans ce chapitre les développements précédents sur la fiducie, p. 389. **à vérifier**

¹¹³ LE ROY Étienne, "La loi sur le domaine national a vingt ans : joyeux anniversaire ? ", art. cit. note 101, p. 670. Notons que parallèlement aux principes du domaine national, l'expropriation pour cause d'utilité publique fait également l'objet de la loi 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux opérations foncières d'utilité publique, JORS du 28 juillet 1976, p. 1118.

aussitôt supprimés, ce qui est une reconnaissance pour le moins ambiguë. Cette disposition concerne les occupants du domaine national visés par l'article 3 alinéa 2 de la loi 64-46, évoqué précédemment, qui n'auraient pas demandé l'immatriculation, n'en voyant pas l'utilité, dans le délai de six mois. A ceux qui trouvaient ce délai court, et comme pour anticiper les critiques dont pouvait faire l'objet le projet de domaine national, André Peytavin, dans l'exposé de ses motifs qui apporte de nombreux éléments sur les représentations et la philosophie de la réforme de la loi de 1964, éprouve le besoin de préciser que *"l'État ne cherche pas à "prendre" les terres, mais au contraire, se donne les moyens de garantir un droit plus fort et une sécurité plus grande."*¹¹⁴ Certes. Il n'empêche qu'il ressort de l'économie intime de la loi, même si les droits traditionnels sont considérés comme suffisants en eux-mêmes pour justifier une occupation de la terre, que les modalités d'application de la procédure d'immatriculation, notamment les délais très courts, ne favorisent pas une adhésion des populations à ce nouveau régime très éloigné, dans ses modalités procédurales, des représentations traditionnelles du droit et de l'espace. Sur le fond, voyons si les politiques de l'État sur son domaine s'accordent davantage avec les attentes et les pratiques populaires.

B : Stratégies de l'État sur son domaine privé

L'État a longtemps été en position de monopole pour immatriculer. Derrière la façade de l'institution du domaine national qui ne peut faire l'objet de spéculation car il est non-appropriable tant qu'il n'est pas immatriculé, l'État a pourtant mené une politique patrimoniale sur ses terrains grâce auxquels il escomptait retirer quelques revenus. Sa gestion n'a cependant pas toujours été couronnée de succès et a abouti en 1987 à une réforme importante de sa politique foncière en milieu urbain, qui se différencie encore assez nettement de la gestion en zone rurale. La politique d'immatriculation en zones urbaines a, en effet, conduit l'État à mettre en œuvre une politique patrimoniale de son domaine privé. Le Code du domaine de 1976 prévoit la possibilité d'occupation du domaine privé, notamment dans le cadre de la conclusion de baux emphytéotiques. On s'interrogera sur l'efficacité de la gestion du domaine privé de l'État (1), au regard de l'application qui en est faite à Saint-Louis, puis sur le dispositif et la portée de la loi de 1987 qui autorise la vente des terrains domaniaux situés en zones urbaines (2).

¹¹⁴ PEYTAVIN André, op. cit. note 91, p. 30.

1) Modalités d'occupation et de gestion du domaine privé de l'État

La loi du 29 juillet 1976 portant Code du domaine se propose de refondre le régime applicable au domaine privé dont la réglementation datant de 1937, encore en vigueur, était désuète¹¹⁵. L'objectif de la loi est de concilier deux impératifs. Le dispositif doit fournir des revenus à l'État et permettre que le développement des zones urbaines, devenu inexorable, se fasse dans les meilleures conditions notamment en facilitant l'accès au crédit des occupants pour construire leur habitation. Ces mécanismes s'inscrivent dans une politique de l'habitat destinée à ralentir la croissance urbaine ou du moins à "*assurer une utilisation et une mise en valeur rationnelle*"¹¹⁶ des terrains du domaine privé. Du point de vue quantitatif, le contrôle escompté a été inefficace car les villes continuent de s'étendre, mais un autre combat reste toujours possible : celui de l'amélioration de l'habitat urbain que la loi tente aussi de contrôler grâce au concept de mise en valeur. A cette fin, le titre III du Code du domaine prévoit différentes modalités d'occupation. Sans faire ici l'exposé exhaustif des conditions de passation de ces contrats¹¹⁷, l'examen de certaines de leurs caractéristiques sont nécessaires pour comprendre les particularités de leur mise en œuvre et les désagréments qui ont pu en découler.

Parmi les instruments de gestion, la possibilité de vente du domaine privé est très limitée par la loi de 1976. Son article 41 prévoit une loi spéciale pour chaque aliénation. Cette procédure lourde est destinée à protéger l'intégrité du domaine privé de l'État. Dans la pratique, seuls les organismes d'aménagement urbain tels que la SICAP et l'OHLM ont bénéficié de cette procédure ; dans leur cas, celle-ci est facilitée puisqu'un décret est suffisant. La vente étant pour ainsi dire un outil neutralisé dans la mesure où peu de situations réunissent les conditions requises pour en permettre la réalisation, l'État gère son domaine en ayant principalement recours aux autorisations d'occuper¹¹⁸, aux baux emphytéotiques et aux concessions de droit de superficie. Là encore, des facteurs juridiques réduisent le choix de la nature des contrats d'occupation. En interrogeant les agents du bureau des Domaines, de l'Enregistrement et de la Conservation foncière à Saint-Louis, on constate qu'aucune concession de droit de superficie n'a été délivrée dans la commune, et que dans toute la région administrative de Saint-Louis, seuls

¹¹⁵ Exposé des motifs de la loi 76-66 du 2 juillet portant Code du domaine de l'État, JORS n° 4506 du 28 juillet 1976, p. 1110.

¹¹⁶ Article 36 de la loi 76-66 précitée.

¹¹⁷ Les contrats conclus pour l'occupation du domaine privé respectent les règles générales du droit des contrats assortis des protections réservées à la domanialité publique.

¹¹⁸ L'autorisation d'occuper est un droit précaire, révoquant à tout moment par l'administration, et ne concerne que des installations légères ou démontables. Article 37 de la loi 76-66 du 2 juillet portant Code du domaine de l'État.

quelques spécimens isolés ont été repérés à Richard-Toll¹¹⁹. Le fait que la technique du bail emphytéotique ait été généralisée résulte des conditions juridiques d'octroi de la concession du droit de superficie : elle requiert que le terrain ait fait l'objet d'un plan d'urbanisme de détail, document encore très rare sur l'ensemble du Sénégal. D'autre part, l'aspiration des populations à accéder à des droits sécurisés et la nécessité de construire dans des matériaux solides ont conduit à délaisser les autorisations d'occuper et les baux ordinaires au profit des baux emphytéotiques auxquels la plupart des particuliers ont recours à Saint-Louis. Conféré à l'emphytéote pour une durée pouvant aller jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans, ce type de bail permet à celui qui met en valeur sa parcelle d'accéder plus facilement aux crédits car il confère au preneur un droit réel, susceptible d'hypothèque.

Le bilan de la gestion est plus que mitigé. Du point de vue de l'État, le manque à gagner financier est important : *"L'État qui espérait des recettes grâce aux plus-values accumulées sur les baux n'a pratiquement tiré aucun avantage de cette opération."*¹²⁰ Pour ce qui concerne, la concession de droit de superficie elle ne satisfait *"ni le concédant qui perçoit une redevance inférieure à celle qu'il aurait perçue en cas de bail"*, ni les concessionnaires qui rencontrent des difficultés auprès des organismes de crédits, *"deux droits se superposant sur le même immeuble"*. La lecture comparée des articles 39 et 40 de la loi de 1976 suggère que le bail emphytéotique est moins fructueux que la concession du droit de superficie dont la contrepartie est égale à la valeur du terrain, prix relativement élevé par rapport à celui du loyer, même s'il est payable d'avance, auquel est tenu l'emphytéote. Cette distinction s'explique par les objectifs respectifs de ces deux sortes de contrat, l'emphytéote est tenu à un loyer moindre car l'aménagement, objet de la mise en valeur, revient à l'État à la fin du bail tandis que le superficiaire a un droit d'usage sur la mise en valeur pendant la concession mais à son terme le terrain est repris sans indemnisation de l'occupant. L'insuffisance de contrôle conduit l'État à héberger, à son insu, sur son domaine, des occupants qui bien qu'ayant mis en valeur leur terrain ne sont titulaires d'aucun bail. Il s'agit notamment des personnes en possession des documents visés à l'article 59 du Code du domaine de l'État. Installées régulièrement pendant la colonisation, ces personnes n'ont pas toutes transformé leur titre d'occupation en titre de propriété comme le leur permet l'article 39 du décret

¹¹⁹ Ces droits de superficie sont les vestiges des concessions attribuées à Richard-Toll au début du 19^e siècle pour mettre en œuvre, dans le cadre de la colonisation agricole, le jardin d'essai, (toll en wolof) sous le contrôle du jardinier en chef Richard. Les concessions agricoles relevaient de deux statuts : des concessions royales dépendant du Gouvernement et des concessions privées appartenant à des notables de Saint-Louis. BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 65.

¹²⁰ Exposé des motifs de la loi 87-11 du 24 février 1987 autorisant la vente de terrains domaniaux destinés à l'habitation situés en zones urbaines, JORS du 14 mars 1987, p. 324.

d'application 81-557 du 21 mai 1981¹²¹. Du point de vue des locataires, malgré la stabilité due à la longueur du bail, les garanties font défaut en fin de bail, notamment au moment de liquider les successions pour identifier les ayants droit et, le cas échéant, les droits eux-mêmes si aucune trace écrite n'a été conservée.

En outre, jusqu'en 1987, aucune vente du domaine privé de l'État n'était possible, en l'absence du vote de la loi requise par le Code du domaine de 1976 dont l'article 41 constituait une protection apparemment efficace du domaine privé de l'État qui avait, de ce fait, en pratique, un caractère de quasi-inaliénabilité. Mais la protection de l'intégrité du domaine privé étatique était surtout théorique. L'esprit du texte était mis à mal par les pratiques d'occupation du domaine privé par les populations, tolérées par l'administration. En effet, selon les personnels du service du domaine, il est arrivé que l'État, après une éventuelle immatriculation à son nom, rétrocède des terrains si les occupants les avaient mis en valeur. Ces pratiques relevaient d'un processus de la régularisation a posteriori de situations visées par l'article 14 de la loi sur le domaine national, les occupants concernés n'ayant pas requis l'immatriculation dans le délai de deux années, prévu par la loi. Pour permettre ces transferts de propriété des constructions, les notaires de Saint-Louis ont eu à organiser "*la cession des peines et des soins*". A charge ensuite, au nouveau propriétaire de l'habitation d'opérer le changement de nom du bail emphytéotique. La vente n'étant pas autorisée, avant la loi de 1987, le transfert de droit était établi par la cession du bail emphytéotique. Ce mécanisme illustre la nécessité de rendre plus facile l'accession aux titres fonciers et donc d'assouplir les conditions de "vente" des terrains urbains du domaine privé dont la gestion "*n'a pas atteint les résultats escomptés par l'État*" et n'a pas donné non plus satisfaction aux populations¹²². Par la loi 87-11, l'État propose d'apporter des solutions plus adaptées aux questions que pose cette situation.

2) La logique de mise en valeur du domaine privé de l'État dans la loi 87-11

En réponse aux difficultés, financières et humaines, rencontrées par l'État dans la gestion de son domaine et à la pression des populations par l'intermédiaire des associations de quartiers, les pouvoirs publics ont opté pour une transformation du système en vigueur dans les zones urbaines. La loi 87-11 généralise la possibilité de la vente des terrains du domaine privé de l'État situés en zones urbaines. Nous verrons pour quelles raisons les décrets d'application ne vont pas

¹²¹ Décret 81-557 du 21 mai 1981 portant application du Code du domaine de l'État en ce qui concerne le domaine privé, JORS du 5 mai 1981, p. 820.

¹²² Exposé des motifs de la loi 87-11 précitée, p. 324.

sans poser quelques problèmes juridiques et comment la réforme a été reçue, en particulier par les populations à Saint-Louis.

La loi du 24 février 1987 autorisant la vente de terrains domaniaux destinés à l'habitation situés en zones urbaines se propose d'institutionnaliser ce transfert de propriété. Cette loi est conforme aux exigences de l'article 41 de la loi 76-66 qui prévoit une loi pour chaque vente de terrain du domaine privé étatique. Cependant, le législateur en propose une interprétation particulière car la loi de 1987 ne se présente pas comme une autorisation législative ponctuelle comme la rédaction de 1976 le suggère, mais comme une loi générale applicable à l'ensemble des zones urbaines du territoire. Dictée par le souci de lutter contre la spéculation et la prolifération des terrains nus, la réforme est destinée aux seuls titulaires de titres d'occupation visés par le Code du domaine. Cette exigence s'explique par l'importance du principe de mise en valeur dans l'économie du régime foncier et domanial, dans toute politique d'aménagement et d'occupation des sols.

Ce principe clé de mise en valeur que l'on trouve réaffirmé dans le droit foncier sénégalais, est délicat à mettre en œuvre sans porter atteinte au droit de propriété tel qu'il est le plus souvent perçu, c'est-à-dire comme un cadre général. Celui-ci, plus philosophique que juridique, ne permet pas véritablement la résolution des conflits relatifs aux différents usages dont peut faire l'objet un bien immobilier. Ce bien est souvent désigné dans le langage courant comme étant "la propriété". Le glissement de sens – des droits de propriété sur un objet vers l'objet lui-même – réduit considérablement le contenu du "droit de propriété", tant les combinaisons possibles autour des différents démembrements de ce droit permettent une variété d'utilisation des biens immobiliers par différentes personnes, simultanément. Les difficultés pour mettre en œuvre le principe de mise en valeur a d'ailleurs été à l'origine de la révision du décret originel¹²³, révision qui a eu lieu seulement une année après, en 1988.

A l'origine, le premier décret prévoyait dans l'alinéa 3 de l'article 2 que les "*terrains à bâtir*", donc non encore mis en valeur, pourraient être vendus par le nouveau propriétaire. A priori, cela ne semblait pas poser de problème dans la mesure où les zones concernées, dotées d'un plan d'urbanisme, seraient construites à plus ou moins long terme. Cependant, rien ne garantissait de façon certaine que la mise en valeur aurait effectivement lieu, une fois le transfert de propriété effectué. Ce constat pratique a eu une incidence théorique qui a conduit au remaniement de la

¹²³ Décret 87-271 du 3 mars 1987 portant application de la loi 87-11 autorisant la vente de terrains domaniaux situés en zones urbaines, JORS du 14 mars 1987, p. 326.

rédaction du texte. En effet, la première version contenait en germe une violation de la Constitution du 7 mars 1963, en son article 12 relatif au droit de propriété. Il peut être porté atteinte à ce droit dans certaines conditions, liées à l'utilité publique et permettant l'expropriation ; ainsi, l'obligation de mise en valeur de son terrain pour un propriétaire n'est pas une atteinte au droit de propriété à la condition que les modalités de "*l'obligation de faire*" respecte l'égalité devant la loi. Ne pouvant imposer la mise en valeur, mais fidèles à leur politique de développement de l'habitat et de lutte contre la spéculation foncière, dans le décret 88-826 du 14 juin 1988, les pouvoirs publics ont supprimé la formule "*terrains à bâtir*" mais le texte souligne la condition du "*respect de l'obligation de mise en valeur*" pour pouvoir accéder à la propriété d'un terrain domanial situé en zone urbaine. Ce qui, concrètement, conduit à l'impossibilité de vente sur les terrains nus qui pourraient le rester si le propriétaire a des visées spéculatives ou s'il est dans l'impossibilité de le mettre en valeur. Depuis, le droit de propriété des particuliers et la mise en valeur sont conciliés. La mise en valeur est maintenue, mais le problème de son contrôle l'est tout autant. Le système mis en place se donnait comme objectif de réduire la spéculation immobilière sur les terrains nus ; son efficacité doit être mesurée à l'aune de ses applications dans les zones urbaines. Examinons-les dans le contexte de la réforme des collectivités décentralisées.

§ 2 : La réforme foncière en contexte de décentralisation

La réforme foncière est étroitement liée aux politiques de décentralisation. Plusieurs explications à ce phénomène. Les politiques de décentralisation s'inscrivent dans un contexte de développement économique du pays et sont influencées par les recommandations de la Banque mondiale et du fond monétaire international dans leur politique d'ajustement structurel¹²⁴. La redistribution du pouvoir économique passe par une réforme foncière, pour mettre un terme à la frustration des populations qui n'ont pas accès à la terre mais également pour enrayer l'exode rural : pour stopper l'urbanisation exponentielle de Dakar, il est nécessaire que les populations aient un accès plus grand aux terres dans les zones de terroir et puisse subvenir à leurs besoins alimentaires¹²⁵. La réforme de l'État implique non seulement la création des collectivités locales,

¹²⁴ Le mouvement est global puisque la décentralisation s'est accompagnée, au milieu des années 1980, d'une décentralisation économique par la voie des privatisations des services jusque-là publics du Sénégal.

¹²⁵ CLAUZEL Jean, "L'évolution des structures de l'administration territoriales dans quelques États de l'Afrique francophones au sud du Sahara", *Mondes et cultures*, 1991, p. 208-225, p. 211.

mais également une réforme des services centraux, c'est-à-dire une déconcentration¹²⁶ qui, si elle n'est pas d'ampleur équivalente, réduirait de manière significative les résultats de la réforme et conduirait à accroître "les déphasages sociaux du système administratif"¹²⁷. Les lois de décentralisation ont institutionnalisé un cadre juridique pour l'action des collectivités locales (A). Cette nouvelle forme de gouvernement implique une modification des représentations de l'État et de son autorité par les acteurs en présence et nécessite de rappeler les limites de la politique de décentralisation (B).

A : Les politiques de décentralisation : un nouveau rôle pour les collectivités locales

La réforme de l'État et les politiques domaniales et foncières sont mises en œuvre dans le cadre de la décentralisation. "*Le domaine public et privé d'une collectivité locale se compose de biens meubles et immeubles acquis à titre onéreux gratuit.*"¹²⁸ Les différentes réformes intervenues depuis 1960 ont permis l'apparition de nouveaux acteurs dans le jeu foncier. Le territoire est divisé aujourd'hui en quatre cent trente-trois collectivités dont dix Régions, soixante Communes et trois cent vingt Communautés rurales, devenues des collectivités décentralisées pleinement autonomes¹²⁹. L'apparente intervention de ces nouveaux acteurs auxquels sont octroyés de nouveaux droits et pouvoirs ne doit pas faire illusion. En les instituant, l'État les contrôle suffisamment pour ne pas être concurrencé trop brutalement. On ne change pas rapidement, même par une loi, une tradition de politique centralisée fortement ancrée dans les discours, pratiques et représentations du droit. Après la présentation du cadre législatif des compétences de la commune, dans le domaine de la gestion des terres, en particulier la réception de la loi de 1987 dans la ville de Saint-Louis (1), il s'agira de présenter les enjeux de la réforme de la décentralisation et de la question foncière dans les zones de terroir (2).

¹²⁶ NZOUANKEU Jacques Mariel, "Décentralisation et démocratie en Afrique", *Revue internationale de science administrative* (RISA), 1994, vol. 90p, p. 255-270, p. 265.

¹²⁷ COULON Christian et MARTIN Denis-Constant, *Les Afriques politiques. Introduction pluridisciplinaire à la politique en Afrique du sud du Sahara*, Paris : La découverte, 1991, 300p, p. 179. "*Le manque de moyen le refus de servir en brousse, la forte centralisation conduisent à concentrer l'essentiel des fonctionnaires et des moyens dans les villes et surtout dans la capitale, le reste du pays étant le plus souvent déserté. Il y a donc à la fois sur-administration et sous-administration.*"

¹²⁸ Article 11 de la loi 96-06 du 22 mars 1996 portant Code des collectivités locales. Concernant le domaine public des collectivités locales, notons que le législateur ne définit qu'un seul domaine public, celui de l'État, mais ce dernier peut en confier la gestion du domaine public à une collectivité, comme c'est le cas de la voirie et des monuments historiques. **Voir tableau relatif à la gestion foncière et domaniale au Sénégal en annexe XVII.**

¹²⁹ Article 1 de la loi 96-06 dispose que les trois niveaux de décentralisation, région, commune et communauté rurale "*s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel.*"

1) L'action de la commune en matière domaniale et foncière : les pratiques de Saint-Louis

Saint-Louis est avec Gorée, Dakar et Rufisque, l'une des quatre premières communes qui ont obtenu des privilèges municipaux en devenant communes de plein exercice en 1872. Cependant, Momar Coumba Diop et Mamadou Diouf soulignent, pour apporter une nuance, que *"la législation municipale métropolitaine ne fut jamais pleinement appliquée aux communes de plein exercice au Sénégal : des restrictions furent sans cesse imposées aux pouvoirs des maires et des conseils municipaux et certains gouverneurs tentèrent même de supprimer les communes de plein exercice. (...) La volonté de l'administration coloniale de limiter ou de supprimer le pouvoir des équipes municipales"*¹³⁰ se manifeste par différents décrets qui réduiront progressivement les attributions des magistrats municipaux. Le Sénégal indépendant va également dans le sens d'une réduction des libertés des communes. Dans le contexte politique, agité par l'opposition de Mamadou Dia à Léopold Sedar Senghor, les réformes, notamment le Code de l'administration communale voté en 1966, visent selon les mêmes auteurs à *"empêcher le développement d'un pouvoir autonome par le renforcement de la tutelle du pouvoir central."*¹³¹ Cette position, peut-être radicale, reflète une atmosphère politique de mise sous tutelle des collectivités. La politique de décentralisation engagée au Sénégal en 1996 apporte certains assouplissements, mais reste insuffisante pour que la commune puisse mener une gestion efficace et autonome de son domaine.

En raison de son long ancrage historique, la commune de Saint-Louis a connu différents régimes juridiques et représentations liés à l'espace ; et en tant que collectivité, elle s'est constitué un domaine privé non négligeable. En 1947, Babacar Seye, maire de la commune, a contribué à son extension en négociant avec l'État la plupart de ses terrains. La commune a réhabilité ces terrains en grande partie marécageux. A ce propos, Arona Ndiaye, l'agent responsable des questions domaniales à la mairie, nous faisait remarquer que, curieusement et non sans ironie, les terrains communaux étaient le plus souvent inondables tandis que ceux de l'État étaient protégés de la montée des eaux, phénomène courant à Saint-Louis. Par exemple, le quartier continental de Sor Marméal, où la commune détient les titres fonciers 1165 à 1168, est périodiquement inondé. Sur son domaine privé, le maire de la commune peut délivrer des autorisations d'occuper, par nature précaires et révocables. Cependant, selon le Code du domaine de l'État de 1976, les collectivités

¹³⁰ DIOP Momar Coumba et DIOUF Mamadou, "Pouvoir central et pouvoir local, la crise de l'institution municipale au Sénégal", JAGLIN Sylvie et DUBRESON Alain (dir.), *Pouvoirs et cités d'Afrique noire. Décentralisations en questions*, Paris : Karthala, 1993, 308p, p. 101-125, p. 104.

¹³¹ DIOP Momar Coumba et DIOUF Mamadou, *ibidem*, p. 106. En 1960, on compte neuf communes de plein exercice : Dakar, Rufisque, Saint-Louis, Thiès, Kaolack, Ziguinchor, Diourbel, Louga et Gorée). CLAUZEL Jean, "L'évolution des structures de l'administration territoriales...", art. cit. note 125, p. 213.

locales peuvent administrer leurs biens immobiliers selon les procédures prévues au titre III du livre III de ce Code. Ainsi, théoriquement les communes peuvent, comme l'État, attribuer des baux emphytéotiques et des concessions de droit de superficie sur leur domaine privé. L'article 58 du Code du domaine renvoie même à un décret d'application qui doit préciser les conditions d'administration des biens communaux ; mais à ce jour, ce décret n'a toujours pas été édicté. Dans ce contexte, les six nouvelles lois de 1996¹³² et leurs décrets d'application réorganisant la décentralisation étaient très attendus, pour les précisions qu'ils pourraient apporter. La déception fut double. En ce qui concerne les compétences des collectivités en matière domaniale et foncière, les textes ne sont pas précis et surtout ne transmettent que très peu de nouvelles compétences. Le contenu de ces dispositions et leurs limites permettent d'apprécier ce constat.

Le service du Domaine compétent pour la région de Saint-Louis a répertorié cent trente-cinq cas d'application de la loi de 1987 sur la vente des terrains du domaine privé de l'État¹³³. Le mouvement pourrait connaître un sursaut à l'occasion de la restructuration du quartier de Pikine. Déjà à Ngallèle, selon le président de la coopérative d'habitat et de construction de l'université Gaston Berger, Maryteuw Niane, la plupart des membres dont les revenus le permettent, envisagent d'accéder au titre foncier une fois le paiement de la location-vente terminé. Qu'il s'agisse de conclusions de baux ou de ventes, la question du contrôle de la mise en valeur se pose dans les mêmes termes et fait intervenir différents services étatiques. La direction du Domaine est compétente pour saisir la commission de contrôle des opérations domaniales, instituée par la loi 76-66, pour résoudre les litiges liés à la mise à jour des documents cadastraux¹³⁴ ; celle-ci est difficile en raison des insuffisances de moyens humains et financiers. Il n'est pas rare, en effet, que des baux soient délivrés par les services de l'État sur des terrains faisant déjà l'objet d'un titre foncier. C'est ainsi que certains salariés du rectorat se sont vus attribuer des baux emphytéotiques sur des terrains dont il a été révélé quelques temps plus tard qu'ils étaient la propriété... de l'Armée. Ce litige foncier, en cours de règlement, est la conséquence directe de la mauvaise

¹³² Lois 96-06 à 96-11 dont celles portant Code des collectivités locales et transfert de compétences aux régions, aux communes et aux communautés rurales, JORS n° 5689 du 20 mai 1996.

¹³³ Relevé à la date du 6 mai 1998.

¹³⁴ La mise à jour des documents cadastraux pose, en amont, la question de l'existence même d'un cadastre. Celui-ci est nécessaire pour la mise en œuvre du dossier foncier prévu par l'article 26 du décret 64-573 d'application de la loi relative au domaine national. *"Cependant dans les zones de terroir, il est impossible aux autorités responsables de disposer de l'information notamment cartographique qui serait nécessaire pour assurer une bonne administration des terrains attribués aux membres des communautés concernées."* ROCHEGUDE Alain, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier. Sénégal*, ministère délégué à la Coopération et à la Francophonie, mars 2000, 27p, p. 16. D'ailleurs, *"la mise en œuvre du cadastre rural"* est l'une des recommandations du Conseil économique et social du Sénégal du contre-rendu de la séance du 16 décembre 1996 consacré au "Problème foncier au Sénégal", Journal des Actes du Conseil économique et social, 2ème session ordinaire 1996, Avis et recommandations, Dakar, août 1997, p. 99 cité par ROCHEGUDE Alain, *ibidem*, p. 18.

tenue des documents concernant la zone de Boudyok, sise dans la communauté rurale de Gandon, mauvaise tenue liée aux moyens minimes dont disposent les services administratifs déconcentrés et décentralisés. Au vu des pratiques observées par Ousmane Diouf, responsable du service du Domaine, le phénomène du recours à un bail aussitôt suivi d'une vente est très courant, en combinant successivement la loi 76-66 relative au domaine privé de l'État puis celle de 1987 sur la vente des terrains domaniaux en zones urbaines¹³⁵. Cela nous conduit à apporter quelques remarques sur l'efficacité de ce pan du droit positif.

La loi 87-11 est susceptible d'intéresser deux types de population. Celles qui, en conformité avec les conditions de la loi, sont titulaires d'un bail ou d'un titre visé par la loi 76-66, peuvent recourir à l'aliénation directement si elles le désirent. Mais d'autres n'ont aucun des titres requis et souhaitent néanmoins obtenir un titre foncier. Avec le régime en vigueur depuis la révision du premier décret d'application qui supprime l'alinéa 3 de l'article 2 du décret 82-271, les personnes intéressées sont obligées de transiter par un des titres requis, ce de façon tout à fait artificielle dans la mesure où, simultanément, elles recourent à l'achat. Cette formalité du bail qui alourdit la procédure résulte de la lutte légitime contre la spéculation sur les terrains nus menée par l'État. Ce sont, en effet, les contrats de bail qui garantissent la mise en valeur, en la posant comme condition résolutoire de passation du bail. L'artifice procédural a été préféré au risque de voir multiplier des terrains "à bâtir" qui risquaient de le rester. Nous avons examiné plus haut dans quel sens le décret d'application a été modifié pour remédier à cette situation. Dans l'actuelle rédaction de la loi 87-11, la question de la mise en valeur est également abordée dans la disposition de l'article 3 concernant "l'inaliénabilité volontaire" quinquennale qui vise à freiner la spéculation. Pour aller dans cette même voie, un mécanisme de clause résolutoire de vente est également prévu à l'article 8. La Constitution sénégalaise permet cette atteinte au droit de propriété quand elle est justifiée par la notion de "*nécessité publique*" que constitue, parmi d'autres, une politique favorisant la construction d'habitats. De fait, dans l'article 8, la clause annule la vente si aucune mise en valeur (un immeuble à usage d'habitation, par exemple), n'a lieu dans un délai de trois ans.

¹³⁵ Ce genre de "bricolage juridique" est également rapporté par le romancier Cheikh Hamidou KANE : "*À certains moments, l'Administration d'État utilise des procédés qui font d'elle plus qu'un simple complice. Le service des Domaines joua par exemple un rôle actif dans la mise au point d'un montage destiné à faire tourner la loi... L'Administration opérait en trois temps. D'abord elle décidait la désaffectation du terrain du Domaine national ; puis elle requérait son immatriculation au nom de l'Etat ; enfin, elle rétrocédait le terrain à l'occupant l'ayant mis en valeur.*" KANE Cheikh Hamidou, *Les gardiens du temple*, Paris : Stock, 1995-1997, 338p, p. 155, cité par ROCHEGUDE Alain, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier. Sénégal*, op. cit. note 134, p. 16.

Ce procédé était déjà utilisé dans les conditions d'application des baux emphytéotiques et des concessions de droit de superficie ; il a été étendu aux conditions de vente en 1987. En raison de la clause suspensive, le droit réel sur le terrain n'est accordé qu'à la condition que soit réalisée la mise en valeur. Quelles que soient les modalités retenues, ces observations soulignent la difficulté de concilier les droits détenus par les nouveaux acquéreurs qui revendiquent leur droit de propriété dans son acception la plus large, et les principes de mise en valeur que les pouvoirs publics tiennent à conserver. Clé de voûte de la réforme de 1964, l'application de ce principe représente théoriquement un moyen de lutte contre la spéculation immobilière et illustre les rapports traditionnels à la terre. Paradoxalement, si cette loi 87-11 illustre un désengagement de l'État et un abandon de son domaine, elle rappelle aussi que l'État demeure largement le maître du jeu foncier. Ainsi, même si l'immatriculation peut être dorénavant faite au nom des particuliers, cela reste un apanage étatique, l'État maîtrise la fin de son monopole ; les autres et parfois nouveaux acteurs fonciers ne sont pas davantage en position de force : la situation précaire des particuliers, présentés comme les principaux bénéficiaires de la loi de 1987, et celle des collectivités locales qui n'ont vu leurs compétences, en matières domaniale et foncière, renforcées que de façon modique, ont permis de le constater.

2) Enjeu de la décentralisation et de la réforme foncière en milieu rural

Jusqu'en 1972, seule les communes, en milieu urbain, était des collectivités locales dotées de la personnalité juridique. En 1972, dans le cadre de la réforme sur l'organisation de l'administration territoriale¹³⁶, la communauté rurale devient une circonscription administrative territoriale dotée d'une personnalité juridique de droit public¹³⁷. Partant du constat que la participation au sein des structures administratives ne concerne pas suffisamment le monde rural¹³⁸, les deux lois de 1972 et les textes d'application¹³⁹ ont pour objectif de mettre en œuvre une politique de déconcentration – la tutelle de l'État est représentée, dans chaque arrondissement, par le sous-préfet¹⁴⁰ – et de décentralisation permettant "*de créer les conditions d'une participation*

¹³⁶ Loi 72-02 du 1^{er} février 1972 relative à l'organisation de l'Administration territoriale.

¹³⁷ Loi 72-25 du 19 avril 1972 relative aux communautés rurales.

¹³⁸ COLLIN Jean, *Exposé des motifs du projet de loi relatif aux communautés rurales*, ministère de l'Intérieur, Dakar, 1972, cité par MAGASSOUBA Moriba, "La participation en milieu rural dans un pays en voie de développement : les communautés rurales au Sénégal, *Annuaire du tiers-monde*, vol. VIII, 1984, Actes du colloque "Démocratie locale et participation populaire dans les pays africains et arabes", Oran, mai 1982, p. 225-233, p. 225.

¹³⁹ Circulaires n° 77 du 25 juillet 1972 et n° 118 du 14 novembre 1972 sur l'organisation territoriale et sur les communautés rurales et décret 72-1288 du 27 octobre 1972 relatif aux conditions d'affectation et de désaffectation des terres du domaine national comprises dans les Communautés rurales, JORS du 18 novembre 1972, p. 1194.

¹⁴⁰ L'arrondissement correspond au canton de la période coloniale, l'administration territoriale d'État est héritière de l'administration coloniale : le sous-préfet est fréquemment appelé, "commandant", désignation de la période coloniale. CLAUZEL Jean, "L'évolution des structures de l'administration territoriales...", art. cit. note 125, p. 218.

responsable de la population à l'action du gouvernement."¹⁴¹ La communauté rurale permet de regrouper un certain nombre de villages, "*cellule administrative de base*" appartenant à un même terroir sous l'autorité d'un Conseil rural, responsable de l'attribution des terres sur le territoire de la communauté. Un des objectifs est d'établir une communauté humaine qui se sentent "*unie par une solidarité résultant du voisinage, possédant des intérêts communs et [capable] de trouver des ressources nécessaires à [son] développement.*"¹⁴² L'enjeu, pour poursuivre l'objectif d'une participation accrue des populations, est que la communauté rurale soit suffisamment petite pour que s'instaure une cohésion entre ses membres mais qu'elle soit suffisamment étendue pour regrouper un nombre minimum de contribuables, donc de ressources pour mettre en œuvre des projets locaux¹⁴³. La notion de terroir, définie par le dispositif relatif au domaine national – loi et décret – pourrait permettre de favoriser les moteurs de la solidarité et de la participation puisque le territoire d'un terroir est conçu pour "*être tel qu'il permette le fonctionnement correct d'une coopérative agricole répondant aux deux critères de rentabilité et de gestion optimale.*"¹⁴⁴

Dans la pratique, les bilans qui ont pu être établis de l'action des communautés sont nuancés, qu'il s'agisse de l'autonomie de cette collectivité locale – la tutelle étatique reste importante – et de la mise en œuvre des modalités d'attribution des droits d'occupation des terres. Concernant ces dernières, elles reposent sur l'action des conseils ruraux, composés aux deux tiers de membres élus au suffrage universel direct, et pour un tiers de membres élus par l'assemblée générale des adhérents des coopératives de la communauté. La répartition des conseillers des Conseils ruraux, importante car ce sont ces conseils qui attribuent les terres comprises sur le territoire de la communauté rurale, est déséquilibrée : outre le fait que les gros villages sont sur-représentés, la composition des conseils écarte les jeunes, les femmes et les personnes castées (forgerons, cordonniers, bijoutiers et laobés, les artisans du bois). "*On peut donc conclure à une totale absence de démocratie dans une véritable gérontocratie où l'aîné – le père ou le grand frère – continue pour l'essentiel, à être le seul à avoir la voix au chapitre.*"¹⁴⁵ Cette répartition des membres des conseils suggère que l'un des questions primordiales des réformes à venir concerne une répartition plus équitable de l'accès à la terre des différents groupes de populations capables de la mettre en valeur. Pourtant, la répartition des terres des zones de terroirs ne dépend pas

¹⁴¹ Déclaration du ministre de l'Intérieur, Jean Collin, en juillet 1972 devant le Conseil national de l'Union Progressiste Sénégalaise, cité par MAGASSOUBA Moriba, "La participation en milieu rural...", art. cit. note 138, p. 226.

¹⁴² Article 1 de la loi 72-25.

¹⁴³ CLAUZEL Jean, "L'évolution des structures de l'administration territoriales...", art. cit. note 125, p. 217.

¹⁴⁴ Article 3 du décret 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions générales d'application de la loi du 17 juin 1964.

¹⁴⁵ MAGASSOUBA Moriba, "La participation en milieu rural...", art. cit. note 138, p. 230.

seulement des dispositifs législatifs et réglementaires tant les pratiques sont largement ancrées dans les représentations traditionnelles liées au droit de la terre. Ainsi, les notables traditionnels – chefs des villages, lamanes et chefs religieux¹⁴⁶, notamment mourides – sont parties prenantes de l'attribution des droits d'occupation des terres et restent incontournables quoique le législateur ne leur ait pas attribué de rôle spécifique¹⁴⁷. La création de la communauté rurale en 1972 et la politique de 1996 tendant au renforcement de la décentralisation ont été mises en œuvre mais les pouvoirs traditionnels se sont maintenus. Ce constat doit être compris dans le sens où, nécessairement, *"la mise en place de toute institution paraît s'accompagner d'une certaine déperdition du message initial et de ré-interprétations."*¹⁴⁸ En l'occurrence, il ne s'agit pas de parler d'échec de la réforme, mais de ne pas se méprendre sur la nature réelle des pratiques qui existaient et se sont maintenues sur le territoire des communautés rurales.

B : La réception des réformes dans la pratique des acteurs

La réception des différentes réformes étatiques, qu'elles concernent les politiques foncières ou domaniales et celle de la décentralisation, peut se mesurer par l'observation des pratiques par différents acteurs, qu'ils soient les gouvernés ou ceux qui appliquent le droit positif. Nous montrerons comment le cadre juridique et le contexte économique offrent de nombreuses limitations à la marge de manœuvre des acteurs locaux (1) et qui nous permettra d'envisager comment les systèmes traditionnels peuvent cohabiter avec les modalités du droit dit moderne qui ne pourront être acceptées qu'à la condition d'être ressenties comme légitimes (2).

1) Limites des lois de décentralisation en matière de gestion communale

Un des critères de l'efficacité d'une politique de décentralisation est le contenu des transferts de recettes qui seules permettent de mener une politique autonome. L'article 250 de la loi 96-06 portant Code des collectivités locales prévoit ce transfert et fait état des différents revenus

¹⁴⁶ ROCHEGUDE Alain, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier. Sénégal*, op. cit. note 134, p. 14 et 16.

¹⁴⁷ Sur cette question, Moriba Magassouba note *"l'extraordinaire adaptabilité des hiérarchies traditionnelles aux conditions d'un environnement changeant"* mais semble regretter que ces *"pouvoirs périphériques"* gênent *"considérablement l'État dans ses tentatives renouvelées de forger de nouveaux instruments de domination."* MAGASSOUBA Moriba, "La participation en milieu rural...", art. cit. note 138, p. 232. Nous retrouvons ici la problématique déjà abordée de la légitimité de l'État sénégalais dans l'action qu'il mène à l'égard des collectivités locales, selon Étienne Le Roy, *"en maniant à la fois la "carotte" des subventions et le "bâton" du contrôle pour excès de pouvoir, l'État sénégalais tente d'introduire la dépendance financière et le besoin de contrôle et de protection qui rendront, à terme, cet État indispensable."* LE ROY Étienne, "Enjeux, contraintes et limites d'une démocratisation d'une administration territoriale : les communautés rurales sénégalaises (1972-1980)", *Annuaire du tiers-monde*, vol. VIII, 1984, Actes du colloque "Démocratie locale et participation populaire dans les pays africains et arabes", Oran, mai 1982, p. 61-75, p. 66.

¹⁴⁸ LE ROY Étienne, "Enjeux, contraintes et limites d'une démocratisation...", *ibidem*, p. 74.

provenant des domaines, public et privé, des communes. Mais Arona Ndiaye constate que la collecte de ces recettes n'atteint pas les résultats que l'on pourrait théoriquement espérer en raison de l'inadaptation du régime fiscal local et de celui des dotations publiques aux collectivités décentralisées. L'article 11 de la même loi pose le principe d'une possibilité de transfert par l'État aux collectivités locales de prérogatives qu'il exerce sur ses domaines, public et privé, telles que la propriété, la gestion ou la cogestion. Ce principe de délégation de la commune sur le domaine privé de l'État, repris par la loi portant transfert de compétences et dont le régime est détaillé dans le décret d'application¹⁴⁹, n'est qu'une possibilité, qui ne lie en rien l'État. D'autre part, l'alinéa 3 du même article affaiblit le principe en disposant que l'État se réserve le droit de reprendre tout ou partie des biens de la collectivité sous la condition de l'existence de "*motifs d'intérêt général*" et du "*remboursement des impenses*".

L'éventualité d'un retour dans le patrimoine étatique n'est pas en soi contestable ; elle est conforme à la théorie des mutations domaniales. Ce sont les modalités de reprise du droit de propriété immobilière acquis par les collectivités qui posent question. Le retour est justifié par de simples "*motifs d'intérêt général*" et non par "*l'utilité publique*". Ce dernier concept plus exigeant aurait été plus protecteur pour le patrimoine des collectivités locales. De plus, l'État n'est tenu qu'au remboursement des impenses, quel qu'ait été le processus d'incorporation de ces biens dans le patrimoine de la collectivité, et ce, notamment sans que référence soit faite à une indemnisation correspondant à l'éventuel prix d'achat du terrain ou de sa valorisation. Ce pouvoir de l'État sur les biens immobiliers de la commune relève de la loi et se situe dans une logique similaire à celle de l'expropriation pour utilité publique qui peut s'appliquer sur les biens des particuliers.

Pour ce qui est de la vente des biens immobiliers sur le territoire des collectivités locales, l'article 274 de la loi 96-06 l'assujettit aux mêmes règles que celles applicables aux biens appartenant à l'État. Ce qui renvoie à l'article 41 du Code du domaine de l'État que nous avons évoqué et qui exige une loi pour procéder à l'aliénation. Ainsi, la loi 87-11 applicable aux terrains domaniaux destinés à l'habitation en zones urbaines est applicable aussi bien sur le domaine privé

¹⁴⁹ Décret 96-1130 portant application de la loi de transfert de compétence aux régions, aux communes et aux collectivités rurales en matière de gestion et d'utilisation du domaine privé de l'État, du domaine public et du domaine national, JORS n° 5722 du 27 novembre 1996. **Voir tableau relatif à la gestion foncière et domaniale au Sénégal en annexe XVII.**

immobilier non affecté de l'État que sur celui des communes¹⁵⁰. A Saint-Louis, la question de la vente de certains terrains communaux s'est posée. Un habitant intéressé par l'achat d'un terrain du domaine privé de la commune a questionné à ce propos le receveur du service des Domaines. Confronté pour la première fois à une demande de cette espèce, il a questionné à son tour les services du ministère de rattachement qui lui ont notifié l'impossibilité d'une telle vente tant qu'aucune loi propre aux communes ne serait votée. Cette réponse n'est pas conforme au dispositif qui permet la vente d'un tel terrain. Aucune loi spécifique supplémentaire n'est nécessaire pour que la vente d'un bien du domaine privé de la commune soit possible. La portée déjà assez restreinte des dispositions des lois de décentralisation est également limitée par d'autres facteurs d'ordre juridique ou matériel qui illustrent la volonté, exprimée dans l'exposé des motifs de la loi 96-07, de "*maintenir l'autorité et l'unité de l'État*".

Dans un premier temps, ce sont les lois de décentralisation elles-mêmes qui posent une limite d'importance. Bien que l'exposé des motifs de la loi 96-06 considère les collectivités comme étant "majeures", la substitution du contrôle a priori d'opportunité par le contrôle de légalité a posteriori des actes n'est pas généralisée. Ce principe essentiel qui permettrait à la commune d'accéder à une véritable autonomie politique de son action n'est en effet pas applicable aux domaines énumérés à l'article 336 dont font justement partie les affaires domaniales et l'urbanisme, matières pour lesquelles les collectivités n'ont donc pas accédé au statut d'acteur majeur. Le pouvoir domanial local reste un pouvoir exercé sous la tutelle des représentants de l'État à qui sont transmises délibérations et décisions pour être soumises à l'approbation préalable au regard de la légalité qui, seule, les rendra exécutoires. L'État conserve "*ses pouvoirs d'arbitrage et de "grand maître de la terre"*"¹⁵¹ et maintient sa maîtrise foncière, justifiée notamment par les importants investissements qu'il réalise lors de projets d'aménagement de certains quartiers.

Dans un second temps, des facteurs techniques et matériels entravent l'efficacité de l'action des collectivités locales. Déjà, avant la loi de décentralisation, se posaient des problèmes de ressources financières. Même si un fond de dotation de la décentralisation est constitué, il est

¹⁵⁰ Exposé des motifs de la loi 87-11 du 24 février 1987 autorisant la vente de terrains domaniaux destinés à l'habitation situés en zones urbaines, JORS du 14 mars 1987, p. 324. Le lien entre les procédures applicables sur le domaine privé de l'État et sur celui des communes est illustré particulièrement par la procédure d'affectation de terrains immatriculés, en zones urbaines, au nom de l'État que celui-ci affecte aux communes pour des "*besoins d'intérêt collectif*", selon l'article 25 de la loi 96-07 transfert de compétence aux régions, aux communes et aux communautés rurales, JORS n° 5689 du 20 mai 1996.

¹⁵¹ ROCHEGUDE Alain, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier. Sénégal*, op. cit. note 134, p. 21.

modeste et ne comble pas les insuffisances techniques. Pour y pallier, pendant une période de transition de cinq ans, les collectivités locales auront accès aux services extérieurs de l'État¹⁵². Cette disposition est utile voire indispensable mais elle ne fait pas disparaître la nécessité pour le maire de recruter des agents formés pour assumer les nouvelles compétences des collectivités locales. A cet égard, il est indéniable que la réussite de la décentralisation sénégalaise, dépendra en grande partie de la formation et du dynamisme des personnels de la fonction publique territoriale : si leur compétence est primordiale, le fait qu'ils soient convaincus de leur mission est essentiel.

Quant aux fonds, tout aussi vitaux, nous avons évoqué le dispositif fiscal des lois de décentralisation qui met à la portée de la commune de nouvelles recettes. Mais les impôts visés à l'article 250 de la loi 96-06¹⁵³ qui constituent donc des recettes potentielles, ne sont pas exploités à leur juste mesure au regard des besoins de la commune et de ses usagers. Tous nos interlocuteurs des services communaux, déconcentrés ou décentralisés, s'accordent pour constater l'insuffisance des prélèvements et le manque de contrôle efficace, tout en reconnaissant également que la pression fiscale et les sacrifices occasionnés pour certaines populations empêchent celles-ci de faire preuve de civisme fiscal. Cette question pose l'enjeu d'un "impôt équitable" au regard de la capacité contributive des habitants. Même si Saint-Louis a su au fil de l'histoire maintenir son image de ville prospère où il ferait bon vivre – en fait, surtout parmi la population vivant sur l'île elle-même – une grande majorité de la population, comme dans l'ensemble du Sénégal, vit dans une très grande précarité. Dans ce cas, comment faire preuve de "civisme fiscal" quand, chaque jour, il n'est pas certain que l'on puisse nourrir les siens ?

Au travers de ces exemples, il est perceptible que la commune, en tant que jeune collectivité locale, n'a pas encore développé tous les ressorts de son action, quel que soit le domaine

¹⁵² Décrets n° 96-1122 et 96-1123 relatifs à la convention type fixant les conditions et les modalités d'utilisation des services extérieurs de l'État et relatif à l'utilisation par les collectivités locales des services extérieurs de l'État, JORS n° 5722 du 27 décembre 1996. La coopération décentralisée est un outil intéressant, mais limité, dans le sens d'une autonomie accrue. Saint-Louis est jumelée avec Lille. PETITEVILLE Franck, *La coopération décentralisée. Les collectivités locales dans la coopération Nord-Sud*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 1995, 278p et DIOUF Mamadou, "La promotion des collectivités locales sénégalaises dans le cadre de la réforme de l'administration territoriale et locale", *Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal*, n° 17, oct-déc 1987.

¹⁵³ Les recettes tirées de l'exploitation du domaine foncier de la commune depuis la loi de 1996 concernent les recettes de fonctionnement et d'investissement. Pour les premières, il est distingué les revenus du patrimoine et les recettes fiscales, précisées par l'article 250 du Code des collectivités locales (les contributions foncières sur les propriétés bâties et non bâties et la surtaxe foncière sur les propriétés insuffisamment bâties). Les recettes d'investissement concernent les biens du domaine privé immobilier. En pratique, ces recettes sur le patrimoine sont marginales, d'autant que les terrains du domaine national immatriculé au nom de l'État et affecté aux communes pour des besoins d'intérêts collectifs, reste à l'État.

d'activité. Les moyens dont dispose la commune ne lui permettent pas de mettre en œuvre une gestion rentable sur ses domaines privé et public, ni de mener une politique d'aménagement dynamique et autonome de son territoire. Annick Osmont montrait, avant les lois de décentralisation, par quels mécanismes l'action communale était freinée dans les projets de régularisation foncière. Elle soulignait, en 1993, que *"la décentralisation administrative [était] pour l'instant beaucoup plus une intention qu'une réalité."*¹⁵⁴ En 1996, les lois de décentralisation sont devenues *"réalité"*, mais on peut se demander si elles ne sont pas restées des *"intentions"* dans la mesure où l'État continue *"à se passer des communes"* dans les projets de réaménagement : dans le quartier de Pikine, quartier continental de Saint-Louis¹⁵⁵, où l'expérience du quartier dakarois de Dalifort est actuellement reproduite, l'État est à nouveau le seul maître d'œuvre. Mais peut-il en être autrement au vue de la faiblesse des pouvoirs et des moyens communaux ?

2) Acculturation et légitimité du droit au Sénégal

La distinction entre acculturation et emprunt doit être faite pour détacher le processus d'acculturation de celui de la colonisation. C'est un mécanisme qui s'est d'abord manifesté pendant la période coloniale, ce qui l'a teinté de soupçons et de méfiance légitimes. Aujourd'hui, cet aspect perdure et ne doit être ni occulté ni négligé. Mais le phénomène d'acculturation s'est transformé pour devenir un phénomène plus actif de la part des gouvernés qui s'approprient des techniques juridiques qui servent leurs objectifs et leurs intérêts. Il a des conséquences sur la perception et l'acceptation que les populations ont du droit dans la société où elles vivent. Ce niveau d'acceptation du droit détermine la légitimité du droit, c'est-à-dire la propension que l'on ressent à vouloir s'y soumettre. *"Contre toute évidence, la greffe n'a pas encore été rejetée. Comment l'expliquer ? Si nous avons la place, nous pourrions approfondir ici les systèmes d'explications et les structures mythiques qui permettent, en fait, de jeter des passerelles entre les cultures et les ordres juridiques pour justifier en amour ou en censure, les intérêts ultimes du Pouvoir. Il y a effectivement un intense travail de l'imaginaire collectif, difficile à repérer et à mesurer, mais qui permet progressivement de faire cohabiter des exigences normatives différentes. Mais un tel processus ne se met pas naturellement en place. Il faut, pour qu'il émerge, une force singulière, entraînant un ensemble bigarré de groupes et d'intérêts contradictoires dans une même direction iconoclaste et façonnant, durant ce processus, un*

¹⁵⁴ OSMONT Annick, "La régularisation foncière à Dalifort (Dakar, Sénégal) ou comment se passer des communes", JAGLIN Sylvy et DUBRESSON Alain (dir), *Pouvoirs et cités d'Afrique noire*, op. cit. note 130, p. 47-66, p. 65.

¹⁵⁵ Notons qu'il existe également un quartier Pikine dans la banlieue dakaroise.

nouvel "être-au-monde" avec ses représentations collectives et ses nouvelles pratiques communes."¹⁵⁶ La légitimité concerne le droit quel qu'il soit : qu'il vienne de "l'extérieur", c'est-à-dire qu'il soit effectivement exogène, comme au Sénégal, mais aussi qu'il soit perçu comme "extérieur" – le "droit de l'autre" – même s'il émane des institutions de sa propre société, que cela soit vécu comme tel au Sénégal ou même comme en France, pour les jeunes Français dont les parents sont d'origine étrangère et qui ne se sentent pas reconnus comme Français à part entière¹⁵⁷.

La légitimité du droit est un facteur essentiel pour la viabilité de la vie en société, tout simplement parce qu'elle induit non pas un sentiment d'obéissance subie mais un sentiment actif de respect des relations juridiques et sociales. En soi, la mobilité des techniques juridiques, l'imitation, les emprunts, font partie du jeu juridique. Mais le transfert de droit n'a pas de sens si n'a pas lieu une véritable "réappropriation" du droit, une transformation adaptée aux conceptions endogènes. Pierre Legrand qui s'intéresse à la relation entre les cultures juridiques, considère qu'"il n'y a pas lieu de parler de transfert de droit tant qu'il n'y a pas eu de transfert de sens. Or, le sens d'une règle de droit est intransférable car culturellement fondé ; une règle de droit est là."¹⁵⁸ De fait, ces remarques sont parfaitement illustrées au Sénégal par le sort réservé à l'implantation du Code civil, par le texte et par l'esprit, ce qui n'est pas toujours la même chose en raison de la diversité des interprétations et des représentations possibles sur un même texte. Non seulement ce "monument juridique", emblématique d'une culture juridique spécifique, a été exporté, pendant la colonisation¹⁵⁹, mais, plus encore son esprit, son mode pour dire le droit et finalement sa façon d'organiser la société ont également été instaurés après l'Indépendance¹⁶⁰. Étienne Le Roy considère que *"pour cette nouvelle législation, bien que se présentant comme sénégalaise est boudée par la grande majorité de la population non seulement parce qu'elle est*

¹⁵⁶ LE ROY Étienne, "La loi sur le domaine national a vingt ans : joyeux anniversaire ?", art. cit. note 101, p. 677.

¹⁵⁷ AMRANI Younes et BEAUD Stéphane, *Pays de malheur ! Un jeune de cité écrit à un sociologue*, Paris : La découverte, 2004, 233p. Cet ouvrage qui ne répond pas forcément aux canons de la méthode sociologique, selon les propres termes de Stéphane Beaud, est cependant un document-témoignage qui permet d'approcher avec subtilité les contradictions que vivent les jeunes issus de l'immigration dans *"leur entreprise d'acculturation"* en France, p. 216. Voir aussi VIDAL Dominique et BOURTEL Karim, *Le mal-être arabe. Enfants de la colonisation*, Marseille : Agone, coll. Contre-feux, 2005, 233p.

¹⁵⁸ LEGRAND Pierre, "Sur l'analyse différentielle de juriscultures", *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de Législation Comparée, 2000, 347p, p. 317-335, p. 327. Souligné par Pierre Legrand.

¹⁵⁹ Au Sénégal, par l'arrêté du 5 novembre 1830.

¹⁶⁰ Le Code civil est remplacé par étapes, en 1963 par le Code sénégalais des obligations civiles et commerciales, en 1964 par la loi sur le domaine national et en 1972 par le Code de la famille.

rédigée en français mais aussi parce qu'elle est restée d'esprit civiliste."¹⁶¹ Cette question de la reconnaissance du droit par les populations qui sont censées y être soumises, se pose sur l'ensemble de la vie juridique sénégalaise. Nous évoquons la réception du modèle étatique et l'intégration d'autres techniques tel que le processus de décentralisation également mis en œuvre dans le Sénégal contemporain ; ces politiques posent la question de l'intégration de logiques exogènes, mais également celle de l'effectivité d'une action locale sénégalaise.

Conclusion chapitre 1

Le phénomène d'acculturation observé dans les situations de pluralisme juridique se traduit par la combinaison du maintien des systèmes traditionnels originaires et de la réappropriation du modèle qui a été importé et imposé. Dans le dernier chapitre, nous verrons comment ces trois phénomènes ne s'excluent pas car ils sont vécus successivement ou simultanément selon les situations juridiques auxquelles sont confrontées les populations. Qu'il s'agisse de la voie judiciaire pour les Amérindiens ou, au Sénégal, des politiques foncières que les populations réinterprètent et intègrent dans leurs propres pratiques, les acteurs ont compris que la diversification de leurs pratiques juridiques pouvait être une voie pour affirmer ou consolider leurs droits.

¹⁶¹ LE ROY Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*. Paris : LGDJ, coll. Droit et société, série anthropologique, n° 28, 1999, 415p, p. 128.

Chapitre 2 : La recherche d'un compromis entre droit légal et pratiques

Dans ce dernier chapitre, notre souci est de montrer comment les pratiques ancestrales des Amérindiens, et par conséquent les droits sur la terre, non seulement n'ont pas été éliminés par la tentative d'imposer le modèle occidental dont la souveraineté de l'État et la notion de propriété individuelle et exclusive sont les principaux ressorts, mais bien au contraire, se sont maintenus et continuent de tenir une place essentielle dans les pratiques juridiques actuelles des populations. Dans ce sens, les "droits et pratiques originaires" constituent une légitimité politique et juridique à part entière. Nous ne pouvons pas la désigner comme étant une deuxième légitimité, cette approche serait trop eurocentrique ; et la désigner comme étant la première légitimité est historiquement significatif mais politiquement peu réaliste ; pour poursuivre notre argumentation, nous préférons l'appréhender comme étant une légitimité ancienne, sinon réactivée du moins métissée. La complexité de la situation juridique qui nous intéresse tient à ce que cette légitimité juridique n'est, à notre sens, pas en situation de monopole. Les mécanismes du modèle importé, bien qu'ils aient été imposés, ont eux aussi une certaine légitimité juridique et politique. L'enjeu, de taille, consiste à examiner et comprendre comment ces deux légitimités, inéluctables pourrions-nous dire, peuvent non seulement coexister sur un même territoire, mais aussi se combiner pour "donner" un arrangement politique suffisamment viable pour être transformé en montage juridique acceptable.

Pour cela, nous examinerons la manière dont les Amérindiens du Canada revendiquent leurs droits sur le territoire, en précisant le contenu des droits auxquels ils aspirent et en appréciant les modalités de "publicisation", au sens de "mettre dans l'espace public", et la médiatisation de leurs actions. Nous verrons que celles-ci intègrent les voies de la vie en collectivité de la société canadienne ; nous insisterons tout particulièrement sur la voie judiciaire empruntée par les individus amérindiens pour la reconnaissance de leur droit (section 1). Ensuite, en cohérence avec notre façon de procéder jusqu'alors, nous présenterons comment les populations sénégalaises interprètent la pluralité des systèmes juridiques en présence dans leur environnement juridique. Pour ce, nous nous attacherons aux pratiques juridiques nées dans les quartiers qui ont fait l'objet de réaménagement urbain, en particulier dans la ville de Saint-Louis (section 2).

Section 1 : Revendications territoriales et réappropriation du droit par les Amérindiens

La question amérindienne, outre son intérêt pour nos développements sur le rapport à l'espace et au droit, nous permet aussi de continuer à examiner certains éléments des deux cultures juridiques d'origine européenne qui cohabitent au Canada. Nous traiterons la question au travers de deux questions particulières qui nous semblent illustrer idéalement les particularités et la relation que ces deux façons de concevoir le droit peuvent entretenir entre elles. Il s'agit du rôle du juge et de la notion de fiducie. La fiducie dont nous avons examiné les ressorts, concerne les Amérindiens dans la mesure où l'obligation du fiduciaire de la Couronne est l'un des concepts clés utilisés par les juges de la Cour suprême pour répondre aux revendications territoriales amérindiennes.

De plus, cette section relative à la situation canadienne, qui met en situation des acteurs aux revendications différentes, se doit, pour refléter la diversité des positions respectives, de prendre en compte la nature des discours. Parler à la fois des revendications amérindiennes, des solutions apportées par le Parlement et la Cour suprême à cette question, et enfin, des rapports de force existant au sein de la fédération entre la province de Québec, les groupes amérindiens et le gouvernement fédéral, implique de rapporter dans notre présentation les différents types d'arguments. Ils sont tantôt d'ordre anthropologique quand il s'agit de déterminer les représentations amérindiennes du territoire, tantôt juridiques quand il s'agit de décrypter les décisions de la Cour suprême sur l'application de la fiducie dans le cadre de la relation Couronne/Indiens ; mais la nature de ces relations conduit à combiner ces regards anthropologique et juridique pour véritablement rendre compte des représentations qui sous-tendent cette relation. Le cadre étatique dans lequel celle-ci se développe introduit une dimension d'ordre politique pour comprendre les relations qui lient les trois acteurs, à savoir le gouvernement fédéral d'une part, et les Amérindiens et la province du Québec d'autre part.

La présentation de cette diversité des discours est particulièrement révélatrice pour aborder la question des droits ancestraux : il importe de traduire ce que cette diversité représente, selon la vision des Amérindiens, laquelle est interprétée par le gouvernement fédéral, au regard de la définition qu'en donne l'ordre judiciaire dont les décisions sont prises en compte par les différentes provinces pour défendre leurs intérêts et prérogatives. Notre propos est de faire état tant des questions relevant des revendications amérindiennes, de leur traitement par le

gouvernement fédéral canadien et des relations complexes entretenues entre Québec et acteurs amérindiens face au niveau fédéral dans leur lutte pour plus d'autonomie (§ 1), que des questions politico-juridiques résolues par la Cour suprême qui joue un rôle essentiel dans la définition des termes participant au débat, notamment au travers de la question de fiducie (§ 2).

§ 1 : Les négociations des revendications amérindiennes

Dans le Canada contemporain, en matière de questions autochtones, il existe trois niveaux potentiels de compétences : le niveau fédéral, celui des provinces et celui des Amérindiens, représentés par des chefs et des conseils de bande¹. Lors de revendications portant sur son territoire, une province peut participer aux négociations avec les représentants fédéraux ; les provinces n'adoptent pas toutes la même attitude : "*le gouvernement de Terre-Neuve refuse d'exercer quelques compétences que ce soit sur les Autochtones*"² tandis que le Québec en fait un argument de sa politique. La reconnaissance des droits fonciers amérindiens s'inscrit dans la durée mais aussi dans la diversité des supports juridiques et cadres politiques compétents. Il sera d'abord question de resituer le contexte institutionnel et juridique, en précisant la répartition des compétences juridiques qui ont des incidences politiques sur les relations entre les acteurs (A). La question liée à la rencontre des cultures juridiques exige d'envisager les différentes visions du droit et de la diversité des rapports au territoire qui permettent de mieux comprendre le contenu des revendications territoriales des Amérindiens (B).

A : La compétence fédérale des questions amérindiennes

Depuis la fin du 19^e siècle, le Parlement fédéral encadre les Amérindiens et leurs terres par un régime de protection, que l'on pourrait également interpréter comme un régime de contrôle et de

¹ Le terme "bande" est le terme utilisé par le gouvernement fédéral pour désigner les sous-groupes que constituent certaines tribus. Près de six cents bandes sont reconnues par le gouvernement qui leur réserve des terres. Les conseils de bande sont les autorités locales, élues par les électeurs résidents des réserves. Le conseil est la seule autorité reconnue par le gouvernement et lui permet de désigner plus facilement ses interlocuteurs. Dans ce sens, ces autorités sont perçues comme une prolongation du Ministère des affaires indiennes, et n'ont pas la légitimité escomptée. Voir DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, Boréal Express, 1991, 127p, p. 34-35 et p. 46, également NOREAU Pierre et LAJOIE Andrée, "Peuples autochtones et gouvernance en contexte canadien : difficultés de l'autonomie gouvernementale autochtone et perspectives de recherche", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 165-180.

² DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises relatives aux autochtones", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu les 28-29 avril 1995), 228p, p. 56-68, p. 58.

tutelle. La première loi globale sur la question date de 1876³ ; ensuite, est créé le premier véritable ministère des Affaires indiennes en 1880. En 1951, le régime de la tutelle est révisé mais n'est pas modifié en substance : l'esprit est toujours celui qui consiste à placer l'Amérindien dans la situation de celle d'un mineur, et ce, aussi bien d'un point de vue collectif qu'individuel. Il faut attendre la deuxième moitié du 20^e siècle pour que de nouveaux textes reconsidèrent la situation des Amérindiens et que la question des revendications territoriales émerge dans l'espace public. Aussitôt après la procédure de rapatriement de la Constitution⁴, le Canada s'est doté d'une nouvelle Constitution qui devait, en termes politiques, prendre en considération les revendications amérindiennes. La notion de "peuples autochtones" est intégrée dans le droit constitutionnel canadien, dans l'article 35, et s'entend "*notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.*" Cette déclaration officielle, nécessaire pour maintenir le dialogue, a été rendue possible parce que les négociations initiées dans les années 1970 ont permis d'identifier les revendications et leurs enjeux en faisant se confronter les différents partenaires, dans toute leur diversité (1). Dans les prolongements de ces négociations, la nouvelle Constitution de 1982 intègre en effet certaines des revendications amérindiennes en reconnaissant et protégeant certains droits (2). Cependant, le Québec ne s'est pas associé activement à ce processus institutionnel, ce qui explique la nature ambiguë des relations entre cette province et les Amérindiens (3).

1) Identité et diversité amérindiennes

Différents termes sont utilisés pour désigner les populations amérindiennes⁵. L'emploi de l'un ou l'autre renvoie aux différents registres de discours, politiques et juridiques, mais permet

³ A l'occasion de la Constitution de la Confédération en 1867, le sort réservé aux relations avec les Indiens est prévu par les Britanniques dans l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique dont l'article 91-24 "*donne l'autorité au gouvernement fédéral de faire des lois "relatives aux Indiens" (c'est-à-dire aux personnes qu'on appelle Indiens) et aux terres réservées pour les Indiens (c'est-à-dire les territoires de réserves actuelles).* C'est de là qu'originent la Loi sur les Indiens et le statut des Indiens dits "enregistrés" au registre fédéral.", KURTNESS Jacques, "Le point de vue des Innus", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois*, op. cit. note 2, p. 69-76, p. 71.

⁴ Le Canada est un État indépendant depuis le Statut de Westminster de 1931. Mais, jusqu'en 1982, son Parlement n'a pas la capacité de réviser la Constitution qui ne peut l'être que par l'Angleterre. Ce n'est qu'en 1980 que le gouvernement fédéral décide de se réapproprier ce pouvoir et de "rapatrier la Constitution". Notons, parce que cela a des incidences sur les négociations amérindiennes sur le territoire de la province du Québec, que cette province n'a pas ratifié la Constitution en 1982, en raison de la limitation de légiférer en matière linguistique. Après la défaite du "oui" au référendum du 30 octobre 1995, des négociations ont été initiées pour que la province ratifie le texte.

⁵ La question de l'appellation nous a posé quelques difficultés. En général, nous utilisons le terme "Amérindien" qui nous paraît le plus neutre. Cependant, dans les textes, officiels ou des auteurs, il est possible de rencontrer "Indiens" et "Autochtones". La question est d'importance car ces termes peuvent être connotés péjorativement, et mal perçus par les populations intéressées. A titre comparatif, cette difficulté se retrouve dans toutes les Amériques. Ainsi, au Mexique, contexte des recherches d'Akuavi Adonon au Lajp, c'est le terme "Indigenos" (pour Indigènes) qui est privilégié alors que le terme "Indios" (pour Indiens), connoté très péjorativement, est considéré comme une insulte.

également de situer le locuteur dans le panorama de tous les acteurs concernés par les questions. Se référer aux "Peuples autochtones"⁶, aux "Indiens" ou encore aux "Premières nations" n'est pas innocent et donne des indices sur les positions développées par celui qui les utilise. La désignation change selon que le locuteur est amérindien ou ne l'est pas ; dans l'affirmative, là encore des modulations existent dans le sentiment d'appartenance en raison de la grande diversité des autochtones, ce qui pose question sur la nature des revendications, différentes selon les groupes et aussi sur la capacité d'union lors des négociations face aux gouvernements.

Pour analyser la terminologie employée pour désigner les Amérindiens et pour cerner comment eux-mêmes se désignent (ce qui ne donne pas toujours les mêmes résultats), les questions ayant trait à leur situation de minorité (en nombre⁷) se posent. Elles se posent d'autant plus qu'en droit international, les groupes minoritaires peuvent bénéficier de protections si ce statut leur est reconnu, protections qui pourraient favoriser la satisfaction de certaines des revendications amérindiennes. Pourtant, dans les débats sur les questions amérindiennes au Canada et au Québec, le thème du groupe minoritaire ne semble pas le plus exploité. Andrée Lajoie, pour répondre à cette interrogation, fait remarquer que *"pour qu'un groupe constitue une minorité, il doit aussi, à notre avis, se percevoir comme faisant partie du tout dont cette minorité fait partie."*⁸ Ce qui n'est pas évident dans le cas des Amérindiens du Canada, ni pour certains Québécois d'ailleurs, *"qui ne se considèrent pas tous, tout le temps, comme des groupes internes au pays dans lequel ils sont involontairement inclus. Les Autochtones se voient en effet comme*

Or, les aléas de la traduction de l'espagnol au français posent problème car, en revanche, en français, c'est le terme "Indigène" qui est mal connoté en raison du sens qui lui a été attribué pendant l'histoire coloniale de l'État français.

⁶ Le qualificatif *"autochtone"* pour désigner une communauté, une population ou une nation, relève du vocabulaire des Nations-Unies qui définit les sociétés autochtones comme étant *"liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société, et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques."* ROULAND Norbert, *"Être amérindien en Guyane française : de quel droit ?"*, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 27, 1996, p. 498-499.

⁷ Les Indiens regroupent moins de 2% de la population canadienne, mais en proportion, cette population est amenée à connaître une certaine augmentation, car leur taux de croissance est sensiblement supérieur à celui de l'ensemble de la population, 20% contre 4%. **Voir statistique de la population amérindienne au Québec annexe XIX.** A propos du terme "minorité", quoique le langage commun utilise le terme de minorité en se référant au nombre d'individus qui compose tel ou tel groupe, Andrée Lajoie situe le critère de la minorité au niveau du pouvoir et de l'influence des groupes et en terme de domination et de discrimination, ce qui la conduit, suivant cette logique, à désigner non seulement les Amérindiens comme une minorité mais également, dans une certaine mesure, le groupe "femme", ce qui pose évidemment les questions sur les minorités sous un angle, non pas quantitatif, mais politique où se sont les relations de pouvoir qui sont en jeu. LAJOIE Andrée, *Quand les minorités font la loi*, Paris : PUF, 2002, 217p, p. 20.

⁸ LAJOIE Andrée, *ibidem*, p. 25.

les premières nations et plusieurs d'entre eux récusent la citoyenneté canadienne."⁹ L'auteur poursuit en proposant d'utiliser le terme de "*groupes minorisés*" et non pas minoritaires.

Dans cette perspective, la question de la définition de ce qu'est "l'indianité" est rendue sensible, exceptés les quelques cas où le statut protecteur qui y est associé rend ce statut attractif pour certains Blancs du Canada¹⁰, pour répondre aux sentiments que les Indiens entretiennent avec leur propre culture. Notons que les Indiens ne sont pas tous inscrits au Registre des Indiens. La distinction entre inscrit et non-inscrit date de la première loi générale sur les Indiens en 1876. Jusqu'en 1985, les Indiens pouvaient ne pas s'inscrire sur ce registre, ce qui avait pour double conséquence de ne pas les placer sous la tutelle du gouvernement mais de ne pas non plus les identifier comme "Indien", et, de ce fait, de ne pas les faire bénéficier des mesures telles que des services de logement, d'éducation ou d'exemption de taxes. Cette possibilité d'émancipation était aussi perçue comme un moyen de disparition des communautés amérindiennes dans l'entité canadienne. Le refus de la perte du statut d'Indien est symptomatique d'une certaine non-compréhension mutuelle entre Indiens et non-Indiens. Pour ces derniers, sortir du statut, accéder à tous les droits comme tous les Canadiens, est perçu comme un bienfait et comme une promotion sociale tandis que pour les intéressés, ceci est interprété comme une façon de ne pas reconnaître leur identité propre et même d'y mettre fin¹¹. En 1985, la loi sur les Indiens maintient le statut¹², mais celui-ci est dorénavant dissocié de l'appartenance aux bandes, ce qui signifie une plus grande autonomie d'organisation interne de celles-ci¹³ qui peuvent édicter elles-mêmes les critères d'appartenance à leur groupe.

⁹ LAJOIE Andrée, *ibidem*, p. 25.

¹⁰ L'appellation "Blanc", en opposition à Indien, est utilisé au Canada, nous l'avons rencontrée, reprise par certains journaux québécois. *Le soleil du 3 octobre 2002*, p. 1 : "L'ex-ministre a 80 jours pour rassurer les Blancs", ou le 18 octobre 2002, p. 13 ; "Ça joue dur entre les Blancs et les Innus". L'expression "Blancs" intrigue vu d'Europe, d'ailleurs jusqu'à présent nous utilisons "Euro-canadiens" que nous continuerons à utiliser. Certains Blancs revendiquent le statut d'Indien pour bénéficier des mêmes droits aux territoires que les Indiens qu'ils considèrent comme des privilégiés. Cette situation n'est pas spécifiquement canadienne, elle renvoie à la situation des "petits blancs" qui connaissent la précarité dans les pays occidentaux dits "économiquement développés".

¹¹ La Constitution de 1982 prend en compte la diversité des situations puisque "le mot indien à l'article 35 (2) déborde de la catégorie des Indiens enregistrés en vertu de la loi sur les Indiens et inclut les Indiens sans statut.", O'REILLY James, "La loi constitutionnelle de 1982 et le droit des autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1984, n° 25, p. 125-144, p. 140.

¹² Remarquons que la loi de 1985 ne vise ni les Inuits, ni les Métis. Pour ces derniers, contrairement aux Inuits qui ont signé l'accord du Nunavut en 1999, la question de leur statut n'est pas clairement définie ; l'absence de relations privilégiées avec le niveau fédéral implique qu'ils sont soumis aux lois de la province dans laquelle ils résident.

¹³ Pour une illustration de cette organisation dans la communauté mohawk de Kahnawake, LAJOIE Andrée, QUILININAN Henry, McDONALD Rod et ROCHER Guy, "Pluralisme juridique à Kahnawake ?", *Les Cahiers de Droit*, vol. 39, n° 4, déc 1998, p. 681-716. Cependant, Jacques Kurtness, Indien Innu, considère que "[la loi] concentre le pouvoir de décision dans les mains du gouvernement fédéral et, précisément, dans celles du ministère des Affaires indiennes et du Nord.", KURTNESS Jacques, "Le point de vue des Innus", *art. cit.* note 3, p. 71.

Ainsi, outre les éléments objectifs, l'élément subjectif qui revient à s'auto-désigner nous semble essentiel. Il a d'ailleurs été reconnu par la Convention 169 de l'OIT, entrée en vigueur en 1991, qui considère que "*le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme le critère fondamental d'appartenance pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la Convention.*"¹⁴ Cependant, le sentiment d'appartenance à un groupe ne va pas de soi et ne peut être généralisé en raison de la diversité des groupes amérindiens et, au sein de chacun de ces groupes, de la diversité des attitudes des individus selon leur parcours. Ce à quoi s'ajoute que pour avoir le sentiment "d'appartenir à", il faut se sentir reconnu comme appartenant à ce groupe, autant d'un point de vue intérieur que d'un point de vue extérieur à la communauté. Cet ensemble qui forme la condition amérindienne s'est construit lentement en raison de la grande diversité des groupes et cultures en présence.

Parler de la question amérindienne canadienne en général est réducteur car la grande diversité de la population désignée comme telle, impose d'adapter les analyses aux attentes respectives selon les dix groupes de familles linguistiques¹⁵ que composent les 600 "bandes indiennes" regroupant les 500 000 personnes qui ont le statut d'indien. Cette grande diversité des modes de vie a des conséquences sur la nature des revendications. Leur union n'est pas évidente, à moins qu'un "ennemi" commun ne les soude dans un même combat. Ce fut le cas, par exemple, lors de la publication du *Livre blanc* de 1969¹⁶ qui prônait une politique d'assimilation à laquelle les Indiens s'opposèrent massivement.

¹⁴ Art. 1 al. 2 de la Convention 169 *relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, entrée en vigueur le 5 septembre 1991, adoptée par l'Organisation internationale du travail. Avec ce texte, "*on est passé d'un concept d'intégration des Autochtones dans le but de leur assurer les mêmes droits que les autres citoyens, à un concept selon lequel les Autochtones ont certains droits en tant que collectivités politiques distinctes des États dans lesquels ils vivent, et qu'à cet égard ils ont droit à leurs institutions propres.*", DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises relatives aux autochtones", art. cit. note 2, p. 68. Cette Convention est le seul instrument actuellement en vigueur concernant les autochtones. Il opère un changement d'état d'esprit important en critiquant les politiques d'assimilation au profit de règles respectant l'identité culturelle. Cette orientation en faveur des peuples a été perçue comme un danger par la confédération canadienne aux prises avec les revendications des "Premières nations" canadiennes.

¹⁵ Les familles algonquienne, athapascanne, siouenne, wakaskenne, salishenne, iroquienne, tsimshenne, haïda, tlinguite et kootenayenne. Ces dix groupes comptent eux-mêmes plusieurs langues, mais seules le cris et l'ojibwa continuent d'être parlés par une majorité des membres de ces groupes.

¹⁶ Officiellement, *The statement of the government of Canada on Indian Policy*, House of commons, June 25, 1969. Le ministre fédéral des Affaires indiennes, Jean Chrétien, publia ce *Livre Blanc* qui se donnait pour objectif de favoriser l'intégration des Indiens dans la société canadienne. Le projet était d'organiser une intégration complète dans la Confédération canadienne, en toute égalité avec les autres Canadiens ; mais cela impliquait de supprimer le statut, les terres réservées et surtout de transférer les compétences aux provinces. Ces options politiques correspondaient à l'état d'esprit qui présidait à l'époque, c'est-à-dire l'intégration par assimilation selon la Convention de l'OIT datant de 1957 qui n'avait pas encore fait l'objet de la révision de 1991.

La réaction au *Livre blanc* fut de deux types : d'abord politique, par l'opposition à la politique proposée, des groupes autochtones. "*Il s'agissait, selon eux, d'une tentative du gouvernement fédéral de les déposséder de leurs droits aboriginaux et de leurs terres, bref d'en finir avec eux.*"¹⁷ A partir de ce moment, le nationalisme indien n'a cessé d'augmenter et l'une des principales revendications a consisté à exiger le transfert des compétences du niveau fédéral, non pas au profit des provinces, ce qui dilueraient leurs revendications¹⁸, mais au leur. Même si le statut indien était décrié, les différentes communautés amérindiennes se sont trouvées d'accord pour ne pas vouloir dépendre des provinces et rester dans la relation privilégiée avec le niveau fédéral instaurée depuis une centaine d'années¹⁹. La seconde réaction fut d'ordre juridique : la prise de conscience des Amérindiens déclencha une nouvelle modalité de "publicisation" et de médiatisation des revendications : nous préciserons l'importance de la voie judiciaire dont l'arrêt Calder en 1973 est le premier pas significatif vers, sinon une reconnaissance, au moins une rénovation du dialogue. Cette unité, retrouvée momentanément, a pu être mise à profit dans les années qui ont suivi, lors de l'organisation des négociations des revendications initiées par le Parlement pour tenter de clarifier les revendications amérindiennes et éventuellement d'y répondre.

2) Négociation des revendications amérindiennes et reconnaissance constitutionnelle

Le revirement dans la politique du gouvernement fédéral sur les questions amérindiennes, amorcé par la décision Calder de la Cour suprême en 1973, est concrétisé par la Convention de la Baie James en 1975. L'objectif du gouvernement fédéral, quand il reconnaît des droits traditionnels sur les terres aux Autochtones en les échangeant contre d'autres droits (tels que des

¹⁷ La résistance se traduit notamment par la publication d'un Livre rouge, émanant de "*The Indian association of Alberta*". DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, op. cit. note 1, p. 69.

¹⁸ DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, Montréal : Boréal, 1997, 170p, p. 36.

¹⁹ La question amérindienne, surtout celle de la gestion des terres que ces populations occupent, a fait très tôt l'objet d'un intérêt au niveau gouvernemental qui n'était pas encore fédéral. En 1850, le Parlement uni du Canada adopte l'"*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*", prolongé par celui de 1851 permettant au Gouverneur de réserver certaines étendues de terres pour l'usage de certaines tribus du Bas-Canada ; c'est l'apparition de ce qu'on a appelé, et qu'on désigne toujours, sous le terme de "réserves". Cette même loi crée le premier poste de commissaire des terres autochtones du Bas-Canada. Ces dispositions prises unilatéralement sans le consentement des Amérindiens concernés sont le début de la relation de tutelle, instaurée par le gouvernement et déclarée par les autorités à l'avantage des Amérindiens. LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Maurice, BISSONNETTE Alain, NORMAND Sylvio, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville : Yvon Blais, 1996, 303p, p. 58. La constitution canadienne spécifie également que les questions des "*autochtones et des terres qui leur sont réservées sont attribuées exclusivement au palier fédéral (...)* Historiquement, cette compétence avait été donnée au Fédéral parce qu'on voulait "*harmoniser*", c'est-à-dire s'assurer d'une certaine continuité dans la politique britannique relative aux Autochtones". La politique d'harmonisation se caractérisait par une politique d'assimilation et d'acculturation. DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises relatives aux autochtones", art. cit. note 2, p. 57.

compensations financières ou des "droits" de propriété.), est de "*libérer le titre de souveraineté de la Couronne, ou de l'État, des droits que les autochtones possèdent sur le territoire.*"²⁰ Pour cela, le gouvernement fédéral "*exige que les autochtones cèdent de façon définitive leurs droits sur le territoire.*"²¹ Il semblait évident que cela ne se ferait pas facilement et qu'un processus de négociation était nécessaire. Pour la signature de cette Convention, le gouvernement a initié sa politique de négociation des revendications avec les différents groupes amérindiens, politique qui fait l'objet de différentes adaptations au fil des décennies, pour améliorer l'efficacité et le consensus autour des résultats.

L'idée d'une Convention pour la Baie James a émergé lorsqu'il s'est agi d'étudier les possibilités de développement dans la région et s'est imposé lorsqu'il a été question de doter la rivière *La Grande* de barrages et de centrales hydroélectriques, ce qui posa, à l'époque, "*de manière aiguë la question des droits des autochtones non seulement sur cette partie du territoire, mais aussi sur l'ensemble du Nouveau-Québec.*"²² L'exemple du programme d'aménagement de la Baie James, au fort potentiel économique, reflète la portée éminemment économique des revendications amérindiennes, et explique de ce fait les crispations de part et d'autre. Sur le territoire concerné par le projet hydraulique du gouvernement québécois, les droits des Amérindiens n'étaient pas éteints ; leur extinction par une loi du Parlement était possible juridiquement mais, politiquement dangereuse. Pour cette raison, le consentement des habitants de la région était requis et a rendu indispensable la signature de cet accord²³.

La Convention de la Baie James et du Nord québécois (ou The James Bay agreement) en 1975 est le seul règlement des revendications qui a été signé au Québec. Elle est signée avec les Cris et une partie des Inuits sur le territoire du Québec. Le texte établit une reconnaissance d'un régime particulier de terres pour les Cris, les Inuits et les Naskapis²⁴. La conséquence juridique pour le

²⁰ DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises relatives aux autochtones", art. cit. note 2, p. 60.

²¹ DUPUIS Renée, *ibidem*, p. 62.

²² DUSSAULT René et BORGEAT Louis, *Traité de droit administratif*, PUL, 1986 (1^{er} éd. 1974), 1393p, p. 271.

²³ La désignation comme "Traité" ou "Convention" a une incidence pour l'interprétation de la Constitution de 1982 qui parle de "traités" ou "d'accords", mais ne mentionne pas les conventions. D'autre part, pour comprendre les enjeux du projet, il est nécessaire d'avoir à l'esprit le poids d'Hydro-Québec, en tant que "*réussite collective*" québécoise. DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations...*, op. cit. note 15, (Chap : "Pourquoi faut-il encore négocier la convention de la baie James et du Nord québécois", p. 89-104, p. 90.

²⁴ Suite à la signature de la Convention, "*le nord du Québec est maintenant divisé en deux territoires distincts, celui de la Baie James et celui de Kativik qui, situé au nord du 55^e parallèle, englobe la plus grande partie du Nouveau-Québec. Chacun de ces territoires est doté d'administrations locales et régionales autonomes, qui reproduisent, quant à leur pouvoir et à leurs compétences mais dans un contexte qui leur est propre, les administrations municipales du sud du Québec.*" DUSSAULT René et BORGEAT Louis, *Traité de droit administratif*, op. cit. note 22, p. 272-273. Les Naskapis signeront en 1978 la Convention du Nord-Est québécois.

nouveau statut de ces terres est que les droits ancestraux des Indiens, y compris pour ceux qui ne sont pas signataires, ont été éteints sur les territoires désignés par la Convention²⁵. Notons, étant donné que seul le Fédéral peut éteindre ces droits, qu'une loi, promulguée en 1977, a été nécessaire pour entériner cette Convention signée entre provinces et Amérindiens.

Les gouvernements québécois et canadien qui ont conclu l'accord ont pensé avoir définitivement réglé la question des droits ancestraux dans la région. Pourtant, dans les années 1990, les Cris ont dénoncé ces accords en considérant qu'ils étaient "*nuls*" parce qu'ils auraient été signés sous la contrainte, et du fait du non-respect des engagements gouvernementaux. La remise en question de la Convention par les groupes signataires de 1975 s'explique car aucun modèle, aucune tradition ne pouvait servir de repères. Cependant, l'expérience de la Baie James a amorcé un processus d'institutionnalisation des négociations pour aboutir à des accords. Depuis, d'autres accords ont été initiés et sont en cours, en tentant d'éviter les écueils que la Convention de 1975 a fait apparaître depuis lors.

Ces nouvelles négociations se sont déroulées dans un contexte institutionnel modifié par rapport à celui de 1975²⁶ en raison de la révision de la Constitution en 1982. Ces modifications du processus de négociation ont été introduites d'une part, pour améliorer les négociations proprement dites, et d'autre part, pour prendre en compte les changements de plus grande envergure apportés par la nouvelle Constitution qui tient compte des revendications des Amérindiens. Les réformes visaient surtout à diminuer la durée des négociations qui, en raison de leur complexité et de la difficulté de trouver un consensus, ont été rationalisées par l'introduction d'un échéancier. Mais la principale difficulté restait, et reste, de rendre légitime,

²⁵ Le régime est créé par la *Loi sur le régime des terres dans les territoires de la Baie-James et du Nouveau-Québec*, L.R.Q. ch. R-13.1, a. 16. Terres de catégorie IA et IB : terres réservées à l'usage exclusif des communautés crie, A ou B selon qu'il s'agit d'usage ou de pleine propriété. Les terres IA font partie du domaine public du Québec, mais sont administrées par le fédéral. Les terres de catégorie IB sont en revanche accordées en pleine propriété aux communautés autochtones qui habitent les terres IA. Terres de catégorie II : elles sont d'une plus grande étendue et concernent les pourtours des terres de catégories I où des droits exclusifs de pêche, de chasse et de piégeage sont reconnus aux populations, qui n'en sont pourtant pas propriétaires, ces terres constituant comme les terres IA, le domaine public du Québec. Terres de catégorie III : la plus grande partie des terres en sont, elles sont comprises dans le domaine public québécois, et "*comprennent toutes les terres qui ne sont pas dans la catégorie IA, IB et II*", c'est-à-dire que les Autochtones y ont des droits non-exclusifs de chasse, de pêche et de piégeage.

²⁶ Outre la Convention de la Baie James en 1975 avec les Cris et les Inuit, on peut citer la Convention définitive, parmi d'autres, avec les Inuvialuit dans l'Arctique de l'Ouest en 1984 ou celle avec les Inuit de l'Arctique de l'Est qui a donné lieu à la création du territoire du Nunavut en 1999, concrétisant l'autonomie gouvernementale des populations de cette région. Parmi celles encore en négociation, citons celle, difficile, avec les Innus (Naskapis et Montagnais, groupes tout à fait différents des Inuits) au Labrador et au Nouveau-Québec.

aux yeux des non-autochtones²⁷ comme des autochtones, le résultat des ententes qui doivent permettre à ces derniers de vivre comme ils l'entendent, tout en assurant le respect des droits de tous. Ces objectifs, louables dans les intentions, ont été difficiles à atteindre ; la réforme du cadre constitutionnel pouvait-il favoriser l'émergence de cette légitimité ?

Suite au rapatriement de la Constitution, le texte de 1982 pose un nouveau cadre pour la négociation des revendications amérindiennes. Les enjeux économiques, sociaux et politiques sont tels que le défi consiste pour chacun des acteurs à maintenir le dialogue alors que les revendications respectives semblent difficilement compatibles. De fait, le texte constitutionnel a rapidement dû faire l'objet de modifications pour lever les ambiguïtés qu'il contenait sur la protection des droits issus de traités à venir, c'est-à-dire résultant des ententes en cours de négociation, et a dû poursuivre le travail d'interprétation du contenu des revendications, lors des conférences constitutionnelles qui ont débuté à partir de 1982 et où sont envisagés les droits et le nouveau statut de 1985 des Amérindiens dans la société canadienne.

La nouvelle loi constitutionnelle de l'État canadien comporte deux parties : la *Charte canadienne des droits et libertés* est la partie I ; la partie II ne comporte qu'un seul article, l'article 35. Cet article et l'article 25 concernent spécifiquement les Amérindiens ; il nous importe de rapporter leur contenu car ils ont fait l'objet d'interprétations par la Cour suprême. L'article 25 précise que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne saurait être interprétée afin de porter atteinte aux droits des autochtones au sens large²⁸. La Charte dans son ensemble "*constitue aussi une règle d'interprétation des dispositions de l'article 35 qui constitue le seul article de la Partie II de la Loi constitutionnelle.*"²⁹ Cette précision qui peut apparaître comme relevant d'une lubie de constitutionnaliste, est essentielle pour analyser la portée de certaines décisions de la Cour suprême, en particulier l'arrêt Sparrow de 1990 qui, de prime abord très généreux en ce qui concerne la reconnaissance des droits amérindiens, joue sur la non-appartenance de l'article 35 à la Charte pour limiter la protection des droits qui y sont reconnus. En attendant de se plonger dans les raisonnements des juges de la Cour suprême sur l'affaire Sparrow, pour en apprécier la portée, il faut relire la lettre de l'article 35, rédigé jusqu'en 1983 comme suit :

²⁷ GREGOIRE Pierre, "La politique fédérale sur les revendications autochtones", *Recherches Amérindiennes au Québec*, 1991, vol. XXL, n° 1-2, p. 151-153.

²⁸ Article 25 : "Le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus des traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation Royale du 7 octobre 1763 ; b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales."

²⁹ EMERY Georges, "Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35, et 37 de la loi constitutionnelle de 1982", *Les Cahiers de Droit*, 1984, n° 25, p. 145-163, p. 155.

"(1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – (En anglais, "the existing aboriginal and treaty rights) des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, "peuples autochtones du Canada" s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada."

Les "droits existants" visés par le texte constitutionnel sont de deux types, les droits issus des traités et les droits ancestraux. Les droits ancestraux sont reconnus comme préexistants à l'occupation européenne, ils ne naissent d'aucun traité ; cependant, ces droits sont effectifs par l'intermédiaire du droit étatique canadien, en d'autres termes, les droits ancestraux ont eu besoin de cette reconnaissance pour exister dans le cadre étatique. Ce positionnement souligne la prédominance de l'acteur étatique, mais surtout le fait que son enracinement dans les modes occidentaux d'organisation politique contemporains est tel qu'il est (et sera) très difficile de penser en dehors de lui ou du moins dans une optique moins "étato-centrée". Juristes occidentaux et Amérindiens n'apprécient pas selon les mêmes critères l'existence et la nature des droits sur le territoire et n'apportent pas de solutions juridiques identiques pour consolider ces droits. Le contenu des droits ancestraux n'a pas attendu la tentative de définition par les systèmes juridiques occidentaux pour être le mode de vie des Amérindiens, en effet, "*dans le Québec de 1774, il n'existe pas de droits ancestraux au sens strict du mot*"³⁰, et pourtant, ils sont au cœur des pratiques des Amérindiens.

Dans la version du texte constitutionnel de 1982, plusieurs interrogations restaient en suspens relativement à la nature des "droits existants". Que recouvrent-ils exactement ? A partir de quelle date ces droits peuvent-ils être considérés, peut-être a posteriori, comme "existants" ? Plusieurs interprétations sont possibles : si l'on considère que la loi est rédigée au présent, l'expression vise les droits qui existent au 17 avril 1982, date de la promulgation de la loi constitutionnelle, mais cela pose une difficulté pour les droits issus des accords qui pourraient être signés après cette date. Plus probablement, le terme "existants" peut aussi suggérer l'idée que sont concernés les droits qui n'ont été ni éteints ni cédés, et par conséquent, il serait tenu compte de l'histoire juridique déjà passée, mais cela pose, dans ce cas, la question de la définition du terme "droits issus des traités". Le terme "traité" apparaît dans les différents textes relatifs aux droits des Amérindiens, mais n'est jamais, lui non plus, explicitement défini dans ces textes. Que faut-il donc entendre par "traité" ? La question se pose notamment pour des accords signés pour se

³⁰ EMERY Georges, *ibidem*, p. 157.

rallier les Amérindiens dans le cadre des conflits entre Français et Britanniques contenant des dispositions qui n'ont pas toujours été mesurées à leur juste valeur par les chefs amérindiens. C'est pourquoi le terme "traité" de la loi constitutionnelle de 1982 doit être compris comme l'acte qui a une valeur juridique suffisante pour être considéré comme tel. Ainsi, *"on peut inclure dans le terme "traité" toute entente entre des autochtones et au moins la Couronne fédérale qui vise des arrangements quelconques quant aux territoires traditionnellement occupés par de tels autochtones"*³¹, l'essentiel étant que soient identifiées les positions des différents acteurs.

Ces droits issus des traités, ceux constitués avant 1982 et ceux qui pourraient naître après cette date, sont-ils, dans l'esprit du constituant, à mettre sur le même plan, et bénéficient-ils des mêmes protections ? La portée de cette question peut être éclairée par l'application qui en a été faite aux droits nés des conventions du type de celle de la Baie James. Les droits issus de cette Convention, conclue en 1975, bénéficient des nouvelles protections constitutionnelles. Cependant, la question se posait pour les conventions éventuelles qui viendraient à être signées par la suite, après 1982, et qui donc ne contribueraient pas à former les *"droits existants"* au sens de l'article 35. *"L'effet de cette modification, pouvant entraîner, pour le Québec seulement, d'importantes conséquences, est de constitutionnaliser les Conventions de la Baie James (...). De plus, étant données les dispositions de l'article 88 de la loi sur les Indiens, ce ne serait que sous réserve des dispositions de la Convention de la Baie James que les lois d'application générale en vigueur, à l'occasion, au Québec, comme, entre autres, le Code civil, s'appliqueraient à un territoire couvrant plus des deux tiers de la Province."*³² L'article 35 de 1982 précisait bien une "reconnaissance" des droits et non une création de ces droits. Ainsi, des droits qui auraient été éteints avant 1982 ne sauraient être réactivés. Pour lever l'incertitude du texte original, l'Accord constitutionnel de 1983 a ajouté deux paragraphes à l'article 35 :

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits issus d'accords de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toutes autres dispositions de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Cette adjonction est le résultat de la première conférence constitutionnelle, prévue par la Constitution ; étant donnée l'ampleur des discussions et la difficulté de trouver un quelconque

³¹ O'REILLY James, "La loi constitutionnelle de 1982 et le droit des autochtones", art. cit. note 11, p. 138.

³² EMERY Georges, "Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35 ...", art. cit. note 29, p. 160.

consensus, cette première rencontre a été suivie de trois autres conférences de 1984 à 1987. Depuis le début des années 80, le gouvernement fédéral recherche une politique de négociation, "*de gouvernement à gouvernement*", avec les groupes autochtones, en se passant parfois de la participation des provinces. Ce nouveau *modus operandi* s'est concrétisé par l'organisation de conférences constitutionnelles qui ont débuté après la révision de 1982. Au nombre de quatre, à ce jour, elles étaient l'occasion de faire se rencontrer les acteurs concernés et de mesurer l'ampleur et la complexité de la situation à laquelle il s'agissait, et il s'agit toujours, de trouver une solution viable. Cependant, même si l'initiative était positive, ces conférences n'ont pas donné de résultats probants, selon que les dissensions naissaient entre les groupes amérindiens dont nous avons vu que les revendications ne sont pas toujours de même nature et de même ampleur ou entre les provinces. En effet, en ce qui concerne les matières indiennes, outre la répartition entre judiciaire et législatif, la répartition des compétences entre niveau fédéral et province a des implications sur l'issue des négociations des revendications et des conférences constitutionnelles.

Pour préparer la loi sur le statut indien de 1985, le "*Comité permanent sur les affaires indiennes et le développement du nord Canadien*" a eu pour charge, plus particulièrement, d'étudier deux aspects, "*soit celui de la discrimination selon le sexe*³³ *et celui de l'évolution et des responsabilités des administrations locales dans les réserves*"³⁴. L'administration locale, désignée "*autonomie politique des Indiens*", pose la question des compétences respectives de la province et du niveau fédéral en matière de gestion et de droit applicable dans les réserves. Pour résoudre cette question, il faut associer l'esprit de la loi sur les Indiens de 1985, en particulier son article 88 relatif à la répartition des compétences entre niveau fédéral et provincial sur les affaires indiennes, et l'interprétation qu'en a donné la Cour suprême canadienne dans l'arrêt *Delgamuukw* de 1997. Dans cet arrêt important que nous détaillerons à propos du titre ancestral, la Cour suprême précise non pas la compétence spécifique des provinces sur les réserves, mais leur compétence sur les affaires indiennes d'une manière générale. En fait, l'arrêt reconnaît la

³³ La question de l'égalité des droits des femmes amérindiennes avec les hommes amérindiens avait été soulevée en 1974, la Cour suprême avait jugé que le fait qu'une femme indienne perde son statut quand elle se marie avec un non-indien, tandis qu'un homme indien ne le perd pas quand il se marie avec une non-indienne comme le préconisait la loi sur les indiens de l'époque, n'était pas discriminatoire parce que toutes les femmes indiennes étaient traitées de la même façon. Procureur général c. Lavell, 1974, RCS 1349. Suite à la plainte de Sandra Lovelace, le comité des droits de l'homme de l'ONU a reconnu que la décision de la Cour suprême était discriminatoire parce qu'il était moins avantageux d'être Indienne qu'Indien. Cette solution a été intégrée dans le nouveau statut indien en 1985.

³⁴ PROULX Jean-René, "La révision de la loi sur les Indiens", *RAAQ (Recherches Amérindiennes au Québec)*, 1983, vol. 13, p. 59-60, p. 59. La création d'une réserve est décidée par le gouvernement fédéral, mettant parfois à contribution le territoire provincial, et se situe en général sur le domaine public.

compétence provinciale, dans la mesure où les lois provinciales sont "*reçues*" en droit fédéral, et à condition que ces lois de la province gardent un caractère général qui ne concernent pas la "*quidité indienne*"³⁵.

3) La relation entre le Québec et les Amérindiens dans le cadre constitutionnel

Au Québec, parallèlement à la voie judiciaire, "*des ententes ont été conclues entre égaux par le gouvernement et la minorité autochtone, sans être intégrées législativement dans le droit québécois, reconnaissant ainsi officiellement pour la première fois au Canada le pluralisme extra-étatique qui caractérise le statut des Premières Nations*".³⁶ Cette attitude reflète une nouvelle attitude politique et juridique. Au Québec, la question des revendications amérindiennes appelle à s'interroger sur le contenu des discours en mettant en rapport ces discours avec les pratiques effectives du gouvernement québécois, pour mesurer la probabilité qu'un échange fructueux puisse émerger des négociations sur les revendications. Par exemple, à la fin des années 1970, la rencontre organisée entre le Québec et les chefs et représentants des autochtones est comparée, à l'époque, à la grande Paix de Montréal en 1701 : mais cette importance ne se situe qu'au "plan symbolique" car en même temps – et concrètement – la politique du Québec vise à considérer les Amérindiens comme des citoyens du Québec³⁷ ; on retrouve là les logiques des politiques d'assimilation alors qu'ils veulent être reconnus comme des entités distinctes. L'ambiguïté pour le Québec naît de ce que la province inscrit les éventuelles reconnaissances des droits amérindiens dans le cadre de la reconnaissance de ses propres revendications, ce qui pose quelques difficultés et a pu ralentir les discussions pour trouver des terrains d'entente.

Pourtant, la politique du Québec est de promettre la reconnaissance de droits sur les terres aux autochtones dans la Constitution d'un Québec, État souverain. Dans l'article 3 de "*l'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec rendu public en 1994, il est mentionné que le Québec est prêt à inscrire dans une future Constitution d'un État indépendant la reconnaissance aux nations*

³⁵ Il ressort de cet arrêt que l'article 88 de la loi sur les Indiens permettrait l'application des lois provinciales pour régir les terres réservées au sens du paragraphe 91(24) de la Constitution de la Confédération de 1867, et ce, même si depuis cette date, les provinces ne peuvent pas éteindre un droit ancestral car les affaires indiennes relèvent de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. Ainsi, les habitants des réserves sont soumis aux lois fédérales et peuvent l'être dans certaines conditions également aux lois provinciales. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997, 3 RCS, 1010, § 182. Ce n'est pas la solution retenue aux États-Unis où les réserves des Indiens sont considérées comme immunisées des lois étatiques fédérales tandis qu'au Canada, on constate le "*rejet de la doctrine de l'enclave*", ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada", *Les Cahiers de Droit*, vol. 39, n° 4, déc. 1998, p. 849-880, p. 851. **Voir tableau des compétences provinciales en matière autochtones Annexe XX.**

³⁶ LAJOIE Andrée, *Quand les minorités font la loi*, op. cit. note 7, p. 168.

³⁷ VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones : trois décennies de rapports politiques", TRUDEL Pierre (dir), *Autochtones et Québécois*, op. cit. note 2, p. 116-125, p. 121.

autochtones du droit de se gouverner sur des terres leur appartenant en propre, le tout dans le respect de l'intégrité du territoire québécois."³⁸ Cette position fait partie des "Quinze principes"³⁹ approuvés par le conseil des Ministres du 9 février 1983 et qui établissent les fondements de la politique du Québec à l'égard des Autochtones. Pour nous, toute la question réside dans le contenu de la notion d'intégrité du territoire et dans sa conciliation avec le droit de se gouverner. La résolution de l'Assemblée nationale du Québec a ensuite reconnu l'existence au Québec des nations autochtones, ce qui fut considéré comme une "*prise de positions avant-gardistes*"⁴⁰ à l'époque. Pourtant, le projet reste laconique et parfois maladroit quand il suggère que "*les peuples autochtones doivent partager avec la communauté anglophone*"⁴¹, ce qui paraît pour le moins malhabile. Finalement, dans cette politique de reconnaissance, il faut distinguer le discours et les actes ; ces derniers nuancent fortement les déclarations. De fait, le Québec refuse de participer activement au processus des conférences constitutionnelles et privilégie les accords bilatéraux. Ce décalage entre discours et pratique est d'ailleurs dénoncé par les groupes amérindiens depuis le rapatriement de la Constitution en 1982 qui a eu des répercussions sur la reconnaissance des droits ancestraux au Québec.

La rupture constitutionnelle a eu un impact important sur les relations entre les acteurs canadiens car la nouvelle Constitution a introduit de nouveaux rapports entre ces acteurs à l'égard de la gestion du territoire. La question purement constitutionnelle liée à la capacité du Canada de réformer seul sa propre Constitution, a été également l'occasion d'instaurer une nouvelle relation entre Amérindiens et province québécoise. Ces deux entités se sont senties, pour des raisons différentes, flouées par le nouveau projet de Constitution. "*Dans la dynamique des négociations constitutionnelles, le Québec [a cherché] à obtenir une nouvelle répartition des pouvoirs en faveur des provinces.*"⁴² La nuit du 5 novembre 1981 a été le cadre d'une joute politique durant laquelle le Premier ministre canadien, Pierre Elliott Trudeau, pourtant d'origine québécoise, opposé à René Lévesque, a imposé sa proposition au terme de laquelle les droits du Québec et des Amérindiens ont été biffés du projet de Constitution. "*Québec s'est retrouvé seul à ne pas donner son accord au rapatriement et à la nouvelle charte des droits. Une fois de plus, la*

³⁸ DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises...", art. cit. note 2, p. 66.

³⁹ "Les quinze principes", *Les fondements de la politique du gouvernement du Québec en matières autochtones*. Secrétariat aux affaires autochtones : Québec, 1988, p. 3-4. Aux termes des ententes conclues seraient notamment reconnus "*le droit à l'autonomie, le droit à la culture, le droit de posséder et de contrôler des terres, le droit de participer au développement économique*".

⁴⁰ VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones...", art. cit. note 37, p. 122.

⁴¹ HILING Carol, "L'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec et les peuples autochtones", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois*, op. cit. note 2, p. 134-140, p. 134.

⁴² TÊTU DE LABSADE Françoise, *Le Québec : un pays, une culture*, Boréal, 1989, 458p, p. 50.

majorité a imposé la loi à la minorité."⁴³ En définitive, nous avons vu que la loi de 1982 a reconnu des droits ancestraux aux Autochtones en ses articles 25 et 35. Cependant, le Québec n'a jamais signé ce rapatriement et n'a pas participé au processus de conférences constitutionnelles. Il a proposé, en revanche, aux Autochtones de venir négocier dans le cadre provincial, avec des lois québécoises. En refusant le rapatriement de la Constitution pour des raisons relatives au statut de la province, le Québec n'a pas, par cette attitude, constitutionnellement adopté les droits ancestraux reconnus aux Amérindiens. Même si ce comportement de refus s'explique par le fait que la reconnaissance de droits constitutionnels limite la marche de manœuvre provinciale, *"cette proposition québécoise a fait que les autochtones ont perçu que le gouvernement du Québec ne voulait pas s'engager."*⁴⁴ Cet épisode politique, à forte portée symbolique, est parfois repris par les Amérindiens, pour souligner le double langage du Québec sur les questions qui les concernent.

D'un point de vue politique, les deux nationalismes fonctionnent en parallèle ; chacun joue des victoires et des reculs de l'autre pour affiner son positionnement. *"Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination est une réalité incontournable et son respect une condition fondamentale de l'accession du Québec à la souveraineté."*⁴⁵ D'ailleurs, les Amérindiens voient d'un assez mauvais œil les avancées du Québec dans sa lutte pour accéder à une plus grande autonomie, les jugeant non légitimes au regard de leurs propres revendications. Ainsi, l'intervention d'un député indien du Manitoba pour s'opposer au vote de l'Assemblée législative de sa province, a "favorisé" l'échec de l'Accord du lac Meech en 1990 relatif à la reconnaissance du "caractère distinct" de la société québécoise⁴⁶. Le mobile de l'opposition tient au fait que reconnaître le caractère distinct du Québec, c'est reléguer les revendications amérindiennes au second plan. Ainsi, par ricochet, *"pour les peuples autochtones, s'opposer, voire même*

⁴³ TÊTU DE LABSADE Françoise, *ibidem*, p. 51.

⁴⁴ DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises...", art. cit. note 2, p. 65. *"Il y a un courant de pensée, au Québec, selon lequel le Fédéral utilise les autochtones et les manipule contre le Québec, mais je ne pense pas qu'on puisse réduire ainsi la question. (...) Cette question a évolué, à la fois sur le plan national, à la fois sur le plan québécois, et à la fois sur le plan international. Elle a évolué de telle sorte que l'on s'est déplacé d'une conception où on doit intégrer les Autochtones à tout prix en tant qu'individus ("perspective intégrationniste, au mieux, et assimilationniste, au pire") à l'idée qu'il faut essayer de voir comment permettre que se réalise, à l'intérieur des États, le développement de ces peuples, le développement de ces nations comme collectivités, comme communautés distinctes avec des institutions qui leur sont propres. (...) Et, dans ce sens-là, je pense que ça transcende et que c'est plus compliqué que l'idée d'un complot fédéral."*, DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises...", art. cit. note 2, p. 107.

⁴⁵ HILING Carol, "L'avant-projet de loi sur la souveraineté...", art. cit. note 41, p. 140.

⁴⁶ DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, op. cit. note 1, p. 110. Suite à cet échec, de nouvelles propositions sont élaborées dans le *Rapport de la Commission Bélanger-Campeau pour l'avenir constitutionnel et politique du Québec* en 1990, dont les conclusions proposent un réaménagement du partage des compétences entre fédéral et provinces.

empêcher, l'accession du Québec à la souveraineté ou, à tout le moins, refuser que le territoire qu'ils revendiquent, ou sur lesquels ils détiennent des droits, passe à l'État québécois indépendant sans leur consentement"⁴⁷, fait partie de la stratégie pour faire reconnaître leurs propres droits et faire entendre leur voix, étant donné que leurs revendications sont du même type que celles développées dans le discours des souverainistes québécois. L'Accord du lac Meech en 1990 et celui de Charlottetown en 1992⁴⁸, deux projets de réforme qui préconisaient une reconnaissance du caractère distinct du Québec, n'ont pas abouti et illustrent l'expression de ces deux voix, amérindienne et blanche.

Notons que ces projets se préoccupent des questions relatives aux rapports entre le Canada et le Québec, et non des questions autochtones. Les négociations que développe le gouvernement fédéral avec chacune de ces deux entités se fondent certes, sur des relations politiques influencées par des représentations différentes. Pourtant, de manière indirecte, dans le cadre du rapport de force entre fédéral, provinces et Amérindiens, les décisions prises à l'égard du Québec par le niveau fédéral sont reprises comme arguments par les chefs amérindiens pour défendre leurs propres positions. En effet, les relations Canada/Québec intègrent dans le débat public des considérations tenant au multiculturalisme et au plurilinguisme qui intéressent les revendications amérindiennes. D'ailleurs, l'échec des accords qui concernent le Québec donne un aperçu des tensions qui perdurent. Ainsi, *"la difficulté des uns et des autres, donc, à se faire reconnaître comme "peuples distincts" par le reste du Canada a rapproché les Autochtones et le Québec. C'est ainsi, par exemple que les Cris ont appuyé René Lévesque après que le Québec ait été écarté des négociations qui ont mené à l'accord constitutionnel."*⁴⁹ Pourtant, selon les Amérindiens, au Québec, le discours fondé sur la distinction des peuples n'est pas tenu de manière cohérente jusqu'au bout de son raisonnement. Pour eux, la reconnaissance en tant que "peuple distinct" est valable aussi bien au niveau fédéral qu'au niveau provincial.

Les échecs successifs du Québec pour accéder à un nouveau statut institutionnel ont consacré les Autochtones comme une force politique à part entière dans l'espace public canadien, dans lequel le Québec se trouve en position de relative faiblesse. Cette faiblesse au niveau fédéral a obligé le Québec à maintenir le dialogue avec les Amérindiens autour des thèmes tels que la "cojuridiction" et la "cogestion", attitude qui, selon un ancien chef montagnais, *"confirmerait le*

⁴⁷ SAGANASH Diom Romeo, "La convention de la baie James et du Nord québécois et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois*, op. cit. note 2, p. 126-133, p. 129.

⁴⁸ Rejet populaire lors du référendum national du 26 octobre 1992.

⁴⁹ VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones...", art. cit. note 37, p. 122.

principe qui dit qu'on est deux peuples, deux nations qui cohabitent et qui coexistent sur un même territoire."⁵⁰ Ce dialogue pourrait aboutir à donner la liberté de choix aux peuples autochtones et avoir comme conséquence la remise en cause de l'intégrité territoriale du Québec, mais selon le Cris Diom Romeo Saganash, *"la reconnaissance d'une telle liberté de choix, à [son] avis, pourrait au contraire avoir comme effet de convaincre les peuples autochtones de Québec de leur intérêt à s'insérer plus volontairement dans le processus de construction d'un nouveau Québec (...).*"⁵¹ Même si les tentatives d'entente entre le gouvernement fédéral et la province québécoise n'ont pas abouti, la question des relations entre le Québec et les Amérindiens reste plus que jamais à l'ordre du jour et nécessite de revisiter les processus de négociations et de mise en œuvre des actions des différents acteurs. L'acuité de l'enjeu, en termes politiques et économiques, est telle qu'elle exige une véritable rupture dans la façon de percevoir le territoire et donc de l'occuper et de le mettre en valeur. Le Canada, les provinces et les Amérindiens sont engagés dans un processus d'entente qui semble mobiliser de nouvelles ressources pour établir la discussion. Dans quelles mesures prennent-elles en compte la diversité des représentations des territoires ?

B : Revendications et représentations du territoire

La question de l'autodétermination, qu'elle soit revendiquée par les souverainistes québécois ou par les Amérindiens, ne se pose pas dans les mêmes termes que celle qui fut revendiquée par les populations colonisées, en Afrique et en Asie, dans les années 1960. Étant donné que la question de l'autonomie gouvernementale est l'une des plus controversées au Canada, les argumentations proposées de part et d'autre nécessitent une terminologie précise pour définir autonomie, autodétermination, indépendance et autre souveraineté. La grande différence avec les décolonisations asiatiques et africaines vient de l'esprit qui a présidé aux origines de la colonisation : les nouveaux territoires en Amérique du Nord étaient des colonies de peuplement habitées par les populations européennes. Ainsi, les questions qui se posent aujourd'hui mettent les populations amérindiennes devant un fait accompli, particulièrement difficile à remettre en cause. Ce n'est cependant pas une raison pour renoncer à comprendre les différentes revendications et traduire les aspirations de chacun. En effet, au-delà de la terminologie, il faut tenter de cerner le contenu, idéologique et historique, des termes, afin de mesurer leur efficacité

⁵⁰ KURTNESS Rémy, ancien chef de la communauté montagnaise de Mashteuiatsh, ancien négociateur en chef de l'entente commune pour les Autochtones, intervenant dans le colloque *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes* en 1995 dont les actes sont reproduits dans TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois*, op. cit. note 2, p. 149.

⁵¹ SAGANASH Diom Romeo, "La convention de la baie James...", art. cit. note 47, p. 130.

dans le contexte juridique, politique et sociologique canadien. En d'autres termes, cela revient à se demander ce que veulent réellement les communautés. Amérindiens et Québécois veulent-ils réellement se constituer en entités totalement indépendantes de l'organisation canadienne ? Rien n'est moins sûr. Ce qui implique la nécessité de faire la part des choses entre le discours politique, tout à fait légitime mais parfois trompeur, et les pratiques qui révèlent ce à quoi les groupes d'individus aspirent profondément (1). De fait, le droit à l'autodétermination n'inclut pas forcément de droit à la sécession. Il s'agit d'un "*droit à géométrie variable*" mais qui "*entraîne rarement un droit à l'indépendance*."⁵² Les ententes ne sont envisageables que s'il existe une reconnaissance de la diversité des représentations de l'espace et en définitive de la reconnaissance de l'autre dans sa spécificité (2).

1) Autodétermination amérindienne et intégrité du territoire québécois

Il est nécessaire de préciser – ce qui n'est pas évident pour un esprit occidental, qu'il soit québécois ou non, juriste ou non – ce que revendiquent exactement les Amérindiens : il n'est pas certain que ceux-ci revendiquent un titre ancestral, tel que compris dans le sens occidental. Plus subtilement, peut-être en sont-ils venus à le revendiquer en tant que tel, suite au phénomène d'acculturation juridique associé à la compréhension que les Occidentaux ne pouvaient raisonner autrement que par ce biais. Le principe de territorialité lié à l'État est réapproprié par les groupes qui, à l'intérieur des États constitués, recherchent une plus grande autonomie. "*C'est en revendiquant un support territorial que les collectivités dominées, où qu'elles soient et quelles qu'elles soient, tendent universellement à faire valoir la légitimité de leur cause. Cet alignement forcé sur l'histoire occidentale ne va pas cependant sans susciter incertitudes et tensions qui révèlent de manière éclatante les limites d'une telle exportation*."⁵³ Ainsi, même si l'autodétermination sur un territoire donné fait partie des revendications, elle ne représente qu'un des éléments, important certes, d'un ensemble de demandes ayant trait surtout à la possibilité de vivre selon les modalités et habitudes ancestrales du groupe amérindien.

Dans le vocabulaire juridique international, la distinction est établie entre une autodétermination *externe* et une *interne*. La première implique la sécession et la formation d'un nouvel État tandis que la seconde permet la propre organisation d'une population particulière, mais à l'intérieur d'un État déjà existant. Cette dernière option nous semble celle la plus proche des aspirations

⁵² HILING Carol, "L'avant-projet de loi sur la souveraineté...", art. cit. note 41, p. 138.

⁵³ BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1992, 334p, p. 86. Voir également BAYART Jean-François et GESHIÈRE Peter (dir.), "J'étais là avant, problème de l'autochtonie", *Critique internationale*, n° 10, janvier 2001, p. 126-194

énoncées par les Amérindiens⁵⁴. Quant aux Québécois, même si l'apparence d'une rupture plus radicale apparaît dans le discours de certains souverainistes, la majorité semble plus dubitative à l'égard de cette éventualité, le résultat des référendums successifs sur la question l'atteste. Le droit à l'autodétermination désignerait donc une gamme de situations différentes, comme le sont finalement également les rapports qui peuvent être entretenus avec le territoire. Différents liens peuvent être détectés dans l'usage qui est fait des terres habitées.

Le souci de l'intégrité du territoire au Québec se situe à la fin des années 1960 où la province "*se préoccupe de ses frontières (notamment du côté du Labrador), se préoccupe de l'étendue de son territoire, de l'étendue et du statut des enclaves sur lesquelles d'autres instances détiennent des titres (comme le gouvernement fédéral ou les Autochtones). Le gouvernement met donc sur pied à ce moment-là la Commission d'enquête sur l'intégrité du territoire, dont il confie la direction à Henri Dorion.*"⁵⁵ Les conclusions de la Commission Dorion en 1971 reposent sur deux principaux postulats qui visent à affirmer la souveraineté du Québec sur son territoire ; concernant les droits que la province disputerait aux autochtones, elle avance qu'aucun titre indien ne pouvait être attesté sur le territoire de la province, et ce, en dépit des droits d'usage pourtant reconnus par la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763. Ces conclusions ne font pas l'unanimité parmi les auteurs de la doctrine et dans les décisions de la Cour suprême. Cette discussion pose deux questions complémentaires : quels sont les droits reconnus aux Amérindiens dans la *Proclamation royale de 1763* et quels seraient, le cas échéant, les fondements des droits fonciers sur le territoire de l'actuel Québec ?

La *Proclamation royale de 1763* est considérée par la jurisprudence comme étant le premier texte, toujours en vigueur, qui reconnaît des droits fonciers aux autochtones. La portée juridique de cette Proclamation est largement débattue par la doctrine car elle pose la question de la date d'un éventuel titre ancestral sur le territoire de la province du Québec. Si la Proclamation crée ce titre en 1763, cela conduit à conclure qu'aucun titre n'était existant avant cette date, c'est-à-dire pendant le régime français. L'enjeu est de taille car déterminer la date de naissance du titre, c'est, selon la jurisprudence *Delgamuukw*, reconnaître une protection et des garanties en cas d'atteinte

⁵⁴ Pour illustrer cette dernière position, la situation des Abénaquis, au nombre de 408 individus, ou les 529 Naskapis recensés en 1995, n'ont pas de réels intérêts à devenir indépendants. D'ailleurs, ni eux, ni les différents niveaux institutionnels ne le souhaitent comme le fait remarquer l'un des représentants lors du colloque *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, en se demandant : "*est-ce que vous voudriez des Lesotho en plein centre du Québec ?*" Trudel Pierre (dir.), *Autochtones et québécois...*, op. cit. note 2, p. 162.

⁵⁵ VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones...", art. cit. note 37, p. 118. Il s'agit du *Boundaries extension act* de 1912.

à ce droit. En d'autres termes, il s'agit pour nous de clarifier la situation des droits en vigueur sur les terres québécoises. Les bandes indiennes peuvent-elles se prévaloir d'un titre, sinon de droits ancestraux sur le territoire québécois ? Répondre à cette question implique de déterminer le statut juridique des terres occupées par les Amérindiens pendant le régime français durant lequel les relations entre les différents groupes ont forgé un rapport au territoire spécifique.

Cette question, juridique mais également d'ordre politique, a été en partie résolue par la jurisprudence de la Cour suprême qui a apporté des éléments d'interprétation à la fois en se référant aux textes juridiques en vigueur mais également aux comportements qui en ont découlé. L'arrêt Côté⁵⁶ de 1996 est le premier à répondre à la question de la non-reconnaissance des droits ancestraux pendant le régime français, pour aboutir à une création contemporaine des droits des autochtones, prenant leur source dans la Common Law. Cet arrêt concerne les droits de pêche d'habitants algonquins à l'extérieur du territoire de la réserve mais sur le territoire traditionnel de ce groupe amérindien dont l'un des membres, Franck Côté, est accusé d'avoir pêché sans le permis requis par le *Règlement de pêche du Québec*. Une des questions à résoudre par la Cour suprême, dans cette affaire, est celle qui permet de déterminer si le droit ancestral invoqué par Franck Côté est l'un de ceux protégés par la loi constitutionnelle de 1982, et cela, même s'il n'a pas été reconnu officiellement par le régime de la Nouvelle-France⁵⁷.

En effet, les Français n'ont pas reconnu de droits aux autochtones expressément, mais, par leurs pratiques, n'ont pas non plus interdit cette éventualité. Aucune coutume notoire de Nouvelle-France ne traite de la question ; le caractère tacite des pratiques à l'égard des Amérindiens n'a pour conséquence juridique ni une reconnaissance, ni une extinction des droits sur les territoires traditionnels des différents groupes. *"À l'époque coloniale, les peuples autochtones avaient une forme de gouvernance et des institutions sociales clairement établies et il n'y a pas eu, au Québec, de traité concédant la cessation des droits autochtones, rappelle Andrée Lajoie,*

⁵⁶ R. c. Côté, 1996, 3, RCS, 139. Le même jour, un second arrêt, l'arrêt Adams, concerne des faits similaires.

⁵⁷ La réponse de la Cour suprême est affirmative : les Algonquins sont légitimes pour invoquer un droit ancestral, même s'il n'a pas été reconnu par le régime français parce qu'il l'a été, en considération d'une réalité de fait, par le régime suivant : *"En 1760, l'occupation et l'utilisation de territoires par des communautés autochtones depuis des temps immémoriaux, tout comme le fait que d'anciens sujets français étaient propriétaires fonciers, constituaient une réalité susceptible de reconnaissance juridique par le droit colonial anglais."*, GUILLEMARD Sylvette et SAINT-HILAIRE Maxime, 1982-2001 : *Vingt ans de grands arrêts de la Cour suprême du Canada : 45 décisions choisies, présentées et commentées*, Montréal : Wilson et Lafleur, 2002, 276p, p. 168. Pour autant, la Cour exprime son souci de ne pas rompre l'égalité entre les différents groupes amérindiens, selon que leur territoire traditionnel se situe ou non sur celui de l'ancienne Nouvelle-France, appliquer un traitement différent aux Amérindiens de la Nouvelle-France constituerait une remise en cause de l'obligation de fiducie qui doit s'appliquer à l'ensemble des groupes amérindiens.

professeure à la Faculté de droit. Malgré les perceptions de part et d'autre, la situation n'est pas celle où un gouvernement en domine un autre, mais une situation de gouvernements parallèles."⁵⁸ La plupart des auteurs s'accorde pour reconnaître la légitimité des revendications sur les terres, sans pour autant pousser leur raisonnement jusqu'à accorder les bénéfices du "titre ancestral", attitude qui reflète, à notre sens, le fait que les représentations occidentales sur le rapport des Amérindiens à leur terre empêche qu'y soit reconnu un titre au sens et au contenu occidental.

*"Que le Québec devienne indépendant ou qu'il redéfinisse son statut à l'intérieur de Canada, la question à régler aujourd'hui est celle de la façon dont cette autonomie va pouvoir s'exercer sur un territoire commun alors que les Autochtones voient leur droit à disposer d'eux-mêmes comme reposant sur leur droits à disposer de leurs terres tandis que le Québec fait de l'inviolabilité de son territoire le symbole sinon la condition même de son existence. (...) La seule issue consiste à "modifier le sens que l'on donne au territoire et à son intégrité." Si l'on ne donne pas au territoire une autre signification, si on ne lui permet pas de symboliser autre chose que l'identité jalouse de chacun, il me semble qu'on ne pourra jamais sortir de la confrontation où l'on se trouve en ce moment."*⁵⁹ Charger le territoire d'une symbolique "autre" exige de dépasser le concept d'intégrité territoriale tel qu'il est défini dans l'avant-projet de loi sur la souveraineté. Quels sens les Québécois et les Autochtones donnent-ils au territoire ? Quelles sont les conditions requises pour qu'une entente soit envisageable ? L'un des éléments de solution concerne les représentations vis-à-vis du territoire et implique de passer du discours de la possession à celui de la responsabilité partagée du territoire et de ses ressources. *"Cependant, il y a une condition préalable à ce type d'entente, qui serait que le gouvernement du Québec reconnaisse que les autochtones ne sont pas des minorités mais des peuples avec qui il faut négocier d'égal à égal. Ce qui, à mon avis, n'est pas encore fait. On en parle, on dit que les peuples autochtones ont droit à l'autodétermination, on le répète, mais je ne crois pas du tout que ce soit ancré dans l'esprit des politiciens car souvent ils utilisent ce vocabulaire sans avoir l'air de savoir exactement jusqu'où on irait si on était vraiment logique avec soi-même quand on utilise ces termes."*⁶⁰

⁵⁸ BARIL Daniel, "Paix des braves", *Forum*, 2002, vol. 36, n° 21, 18 février.

⁵⁹ VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones...", art. cit. note 37, p. 125. (L'auteur fait son constat en 1995).

⁶⁰ VINCENT Sylvie, *ibidem*, p. 158-159.

L'attitude du gouvernement canadien est également ambiguë à propos du terme "peuple" puisqu'il l'utilise dans sa constitution mais se refuse à signer les documents internationaux qui y font référence⁶¹. Pourtant, la Convention 169 de l'OIT, en parlant de "*peuples indigènes et tribaux*", n'entend pas y adjoindre la possibilité d'une interprétation dans le sens d'une déclaration d'auto-détermination desdits peuples ; le texte précise dans son article 1 alinéa 3 que le terme ne peut être interprété comme "*ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international.*" Malgré cette garantie, les travaux du groupe de travail des Nations-Unies sur les droits autochtones ne sont pas entérinés car reconnaître certains de ces droits pourrait conduire à la sécession, ce que le Canada rejette et veut éviter. Attitude qui explique en partie la difficulté d'aboutir à des ententes.

Les revendications territoriales se développent dans le cadre des projets de révisions constitutionnelles. Les nouvelles négociations sur ces revendications sont de deux types, les globales et les particulières. Ces dernières portent sur le non-respect des traités conclus avec les Amérindiens, qu'il s'agisse des traités historiques – les "traités numérotés" – signés au 19^e et au début du 20^e siècle, ou des accords "modernes" dont les dispositions poseraient des difficultés d'application, comme ce fut le cas, pour les dix ententes complémentaires qui ont été signées depuis la Convention de la Baie James, dont l'unanimité sur le contenu a disparu, de façon radicale depuis 1975, puisqu'elle est profondément remise en question par les acteurs amérindiens cris qui estiment avoir été lésés⁶².

Quant aux négociations globales, en revanche, elles visent des territoires où les droits ancestraux ne sont pas éteints et où le gouvernement fédéral cherche à obtenir une entente par laquelle de

⁶¹ Peuple ou nation ? "*Dans le fond quelle est la différence ? Après tout, les peuples indiens eux-mêmes s'appellent les Premières Nations. (...) Le mot "peuple" est lourd de sens en droit international car il est associé au droit à l'autodétermination. C'est pour cela qu'il fait peur et j'irai même jusqu'à dire qu'il terrorise bon nombre de gouvernements.*", HILING Carol, "L'avant-projet de loi sur la souveraineté...", art. cit. note 41, p. 135. A cet égard, pour confirmer les propos de Carol Hiling, notons que la Convention 169 a été ratifiée par seulement sept États : la Bolivie, la Colombie, le Costa Rica, le Honduras, la Norvège, le Paraguay et le Pérou.

⁶² "*Depuis la signature de la Convention, il y a entre 20 000 et 25 000 kilomètres carrés qui sont maintenant inutilisables pour les Cris, pour les besoins des Cris sur le territoire de la Baie James, soit à cause du développement hydroélectrique, soit à cause des développements forestiers, soit à cause du développement minier, etc. (...) Les Cris ne profitent que d'une infime partie de ces ressources.*" SAGANASH Diom Romeo, "La convention de la baie James...", art. cit. note 47, p. 128. Cependant, en février 2002, l'accord de la "Paix des Braves" a été conclu entre les Cris et le gouvernement du Québec. Cet accord récent reflète la nouvelle attitude que le Québec souhaite adopter à l'égard des autochtones et se situe dans la continuité de la Convention de la Baie James et tente de renforcer la possibilité d'exploitation des ressources, notamment forestières. Aux termes de cette entente, les Cris renoncent aux poursuites judiciaires qu'ils avaient engagées contre la Convention de 1975 et acceptent, finalement, après résistance, les nouveaux projets hydro-électriques Eastmain et Ruppert. L'accord signé concerne une partie de territoire où peu de Blancs sont présents, ce qui réduit les concessions de part et d'autre et a donc facilité les négociations. LAJOIE Andrée, *Quand les minorités font la loi*, op. cit. note 7, p. 108.

nouveaux droits seront reconnus en échange de l'extinction des droits territoriaux. Cette formulation reflète le résultat escompté par le gouvernement, cependant *"on ne parle plus d'extinction des droits mais plutôt d'échange de droits vagues et indéfinis au profit de droits concrets et bien définis qui seront protégés par la Constitution, puisqu'ils seront considérés comme des droits issus des traités. Cette formulation est une tentative de nommer autrement ce qui est perçu comme désormais inacceptable par les Indiens. On ne leur dit plus qu'on éteint leurs droits, on leur dit plutôt qu'on échange ces droits contre d'autres droits plus précis."*⁶³ Ces modalités reprennent les modes opératoires classiques des démocraties représentatives occidentales. On peut légitimement douter que ce contexte institutionnel soit adapté aux types de revendications amérindiennes. En effet, quoique les négociations soient un processus intéressant pour élaborer les modalités d'une cohabitation sur le territoire canadien et particulièrement au Québec, ces discussions ne pourront acquérir une quelconque légitimité auprès des populations, amérindiennes comme euro-canadiennes, sans un changement des regards mutuels et l'acceptation de la diversité des représentations de l'espace.

2) Diversité des représentations du territoire et regards mutuels

L'accord d'entente avec les Innus, négociation globale en cours au jour où nous écrivons, est difficile car il oblige à négocier avec les populations blanches de chasseurs qui entretiennent avec les Amérindiens de la région des relations tendues et parfois violentes⁶⁴. Les négociations en vue d'une entente commune visent à régler le sort des terres et de leurs habitants, autochtones et non-autochtones. La diversité des neuf communautés innues selon la région d'habitation, a conduit à régionaliser les négociations en 1995, date à partir de laquelle cinq communautés se sont alliées pour négocier. Des premières négociations, est résulté un accord de principe, signé le 14 février 1994. Le programme de l'approche commune considère cinq grands secteurs de discussion : la reconnaissance des droits autochtones – l'abandon de ces droits en échange de compensation n'est plus une attitude acceptable pour les Amérindiens –, la question du territoire – les Innus distinguent deux sortes de territoires, le grand territoire traditionnel, "Nitanissan", et les petits territoires, "Inuassi", où les lois innues s'appliquent aux Innus⁶⁵ –, l'autonomie

⁶³ DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, op. cit. note 1, p. 87-88. **Voir traités conclus et revendications amérindiennes Annexe XVIII.**

⁶⁴ Le Soleil, le quotidien de la capitale du 18 octobre 2002, p. A13 "Relations Blancs-Autochtones : ça joue dure entre Blancs et Innus" : dans la réserve de Uashat-Maliotenam près de Sept-Îles, *"une vague de violence sans précédent touche les jeunes des deux communautés voisines"*. Les Innus ne sont pas des Inuits. **Voir annexe XIX.**

⁶⁵ VINCENT Sylvie et MAILHOT José, *Le discours montagnais sur le territoire. Rapport soumis au Conseil Attikamek-Montagnais*, document dactylographié, 1980, 219p et BISSONNETTE Alain, GENTELET Karine et ROCHER Guy, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec",

gouvernementale, les arrangements financiers et le développement de la vie économique. Cette description est relayée par la vision amérindienne de ces mêmes droits : "*Les principes innu-montagnais sont donc les suivants : tout d'abord, nous affirmons que l'objet de la négociation est la reconnaissance de nos droits et conséquemment, la non-extinction de ceux-ci (...) : identité autochtone, conservation, libre accès et libre circulation et développement et contrôle des ressources du Nitassinan.*"⁶⁶

Après l'exposé de ces revendications, il est indispensable d'examiner dans quelle mesure elles ont été entendues, au sens de comprises, par les sphères autres qu'amérindiennes et notamment celles qui possèdent un pouvoir politique de pression ou de décision. Or, "[les] gens qui négocient ont intérêt à maintenir des barricades concrètes sur le terrain. Ces gens ont intérêt à ce que ne soit pas créé ce pont émotif et culturel."⁶⁷ En effet, nous avons largement abordé la question amérindienne sous son angle institutionnel, mais il ne faudrait pas sous-estimer l'importance des relations inter-culturelles qui se concrétisent et prennent toute leur dimension pratique au niveau individuel. Les politiques de l'État canadien et des provinces ne peuvent avoir d'impact que si le regard individuel des uns et des autres sort de ses a priori et préjugés. Ce regard dépend de la perception qu'on a de l'autre dans sa singularité ; il est étroitement lié aux représentations construites progressivement dans les parcours individuels, les rencontres et les expériences ; dans ce sens, même si le décor institutionnel peut favoriser un regard mutuel serein et, pourquoi pas, solidaire, aucune norme juridique, au sens traditionnel, ne peut l'édicter unilatéralement. Le droit peut beaucoup mais reste incompetent au-delà des frontières émotionnelles.

Le sentiment vis-à-vis des autochtones a connu quelques variations. Longtemps, ils ont été relégués dans une vision historique, presque atemporelle. "*On n'avait pas prévu qu'ils insisteraient pour se maintenir dans l'histoire qui continue de vivre au gré des époques. On les avait figés dans un rôle passé et terminé.*"⁶⁸ Cependant, les Indiens ne se sont pas résignés à ce rôle ; depuis les années 1970, ils revendiquent des droits sur deux tiers des territoires du Canada, sur lesquels ils auraient une autonomie gouvernementale, ce qui, le cas échéant, modifierait de façon très sensible l'ordonnancement politique du Canada actuel. Les crises politiques et policières qui ont eu lieu depuis les années 1990 ont agrandi le fossé "*d'incompréhension*" entre

Cahiers d'anthropologie du droit, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, 376p, p. 139-164.

⁶⁶ KURTNESS Jacques, "Le point de vue des Innus", art. cit. note 3, p. 72-74.

⁶⁷ DUDEMAINE André, TRUDEL Pierre (dir), *Autochtones et Québécois*, op. cit. note 2, p. 169. (Intervenant pendant le colloque)

⁶⁸ DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux...*, op. cit. note 18, p. 18.

les différentes populations. *"De tels événements ont fait baisser le niveau de sympathie à l'égard des autochtones, pour peu qu'il y en eût. Ils ont également réveillé et renforcé des préjugés à leur endroit."*⁶⁹ Ces remarques ne doivent pas être généralisées dans la mesure où les trois grands groupes de populations présentes sur le territoire canadien, Amérindiens, Québécois, et Canadiens anglophones, n'ont pas entretenu entre eux le même type de relations et ne se perçoivent pas mutuellement de la même manière.

Certains Anglo-saxons, se ressentant comme le groupe majoritaire, ont une vision culpabilisée de la question autochtone. Ils considèrent les Autochtones comme un groupe minoritaire qui doit avoir accès à la protection de ses droits. Cependant, *"de nombreux jugements de la Cour suprême dont les causes ayant trait aux autochtones, ont suscité, ces dernières années, un mouvement de surprise et d'interrogation, quand ce n'est pas d'inquiétude et de frustration, dans l'opinion publique. On entend, dans la population en général, mais plus encore dans les régions où vivent des autochtones, l'expression d'un sentiment de dépossession au profit de ces derniers."*⁷⁰ Le Cris Diom Romeo Saganash souligne *"le niveau de méconnaissance et d'ignorance des Québécois en général à l'égard des peuples autochtones"* : il fait état de ce que l'on pourrait désigner comme "le complexe du petit blanc" et cite un habitant Blanc de Chibougamau, ville située sur les terres d'occupation des Cris : *"nous autres aussi, on veut avoir notre carte d'indien, mais indien blanc, avoir les mêmes droits qu'eux autres, parce que c'est rendu que c'est plus nous autres qui avons les droits, c'est les autres."*⁷¹ A cette attitude, Diom Romeo Saganash réagit et commente : *"Aujourd'hui, je rencontre beaucoup d'adultes qui ont des idées tellement méprisantes à l'égard des autochtones que jamais je n'essaierais d'entreprendre quelque chose pour changer leurs idées. Je pense que c'est bien ancré dans leur esprit. Donc, il y a peu de chances qu'on règle ce problème avec eux. Mais je pense que, du côté des enfants et des jeunes, il y a une possibilité pour l'avenir."*⁷² Ce processus est crucial mais difficile : l'incompréhension est à la mesure du manque de dialogue qui s'est installé entre les communautés⁷³.

⁶⁹ DUPUIS Renée, *ibidem*, p. 20.

⁷⁰ DUPUIS Renée, *ibidem*, p. 24.

⁷¹ SAGANASH Diom Romeo, "La convention de la baie James...", art. cit. note 47, p. 132.

⁷² SAGANASH Diom Romeo, *ibidem*, p. 163.

⁷³ Pour tenter de remédier à cette absence de communication, le ministère de l'Éducation québécois a donné mandat à Sylvie Vincent, professeur d'anthropologie à l'Université de Montréal, de produire un manuel sur l'histoire des relations entre les Québécois et les autochtones qui offrirait différentes lectures selon les points de vue des acteurs. A l'heure où nous écrivons, cette initiative n'a pas encore été concrétisée. Des ouvrages d'histoire ont cependant adopté le parti de prendre en considération la vision de l'autre, par exemple *Seven Generations* de l'anthropologue David Blanchard qui a travaillé en collaboration avec les Autochtones de Kahnawake. Voir TRUDEL Pierre, "Les

Le Canada et le Québec tentent d'inventer de nouvelles modalités de gouverner pour résoudre les difficultés auxquelles l'État, et les instruments juridiques et politiques traditionnels qui lui sont associés, sont confrontés. Les politiques de gouvernance mettent l'accent sur la participation active de tous les acteurs et imposent l'idée que la question des revendications des Amérindiens ne peut se faire sans continuellement maintenir le dialogue pour sonder ce qu'espèrent les parties en présence. Ce point qui relève du bon sens mais qui n'est pas toujours mis en œuvre, on l'observe dans le processus de définition des droits ancestraux : il est principalement construit par la jurisprudence. Sans que le travail des juges soit, pour autant, remis en cause, on peut néanmoins s'étonner que cette définition n'ait pas été l'occasion d'une participation plus active des principaux concernés par ces droits ancestraux ; celle-ci est d'ailleurs rappelée par les articles 4 et 6 de la Convention 169 de l'OIT qui recommande consultations et consentement éclairé de tous les acteurs.

La définition de certaines notions n'a pas été apportée par les conférences constitutionnelles, ce qui a donné une plus grande latitude aux tribunaux et notamment à la Cour suprême pour remplir ce rôle. *"Il entre bien sûr une dimension importante de calcul stratégique et politique dans ces recours aux tribunaux. Par exemple, tout ce qui touche aux droits de chasse et de pêche des autochtones est un sujet très sensible dans l'opinion publique. Qu'ils réglementent ou non la chasse et la pêche, les gouvernements font face soit à l'opposition de l'opinion publique, soit à l'opposition des autochtones. Dans ces conditions, il peut paraître moins dommageable, pour un gouvernement élu, de laisser les tribunaux décider si la réglementation s'applique ou non aux autochtones. (...) De leur côté, les autochtones, qui constatent que les sujets les concernant sont loin d'être au cœur des préoccupations gouvernementales, peuvent vouloir sonder ce que la Cour suprême du Canada est disposée à leur reconnaître."*⁷⁴ Mais le recours à la voie judiciaire s'explique aussi par les critiques de plus en plus fréquentes à l'égard du gouvernement fédéral à qui les différents groupes amérindiens reprochent le double rôle du juge et partie qu'il finit par jouer : la Cour suprême canadienne est perçue, dans ce sens, comme la possibilité d'entendre une troisième voix ; mais cette troisième "voie" tend à dépolitiser, en les juridicisant, les enjeux relatifs aux revendications territoriales des Amérindiens, ce qui pose question pour trouver une solution de cohabitation.

Mohawks ont-ils découvert Jacques Cartier ?", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21, n° 1-2, 1991, p. 53-57.

⁷⁴ DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux...*, op. cit. note 18, p. 24.

§ 2 : Revendications des Amérindiens et interprétations de la Cour suprême

Depuis 1973, la Cour suprême a acquis un rôle considérable dans la définition des revendications amérindiennes. La Cour assume son rôle en parallèle avec le gouvernement fédéral et ceux des provinces. Un des apports essentiels a consisté à définir la relation entre la Couronne et les Amérindiens. Cette relation s'organise autour de la notion de fiducie. Nous avons vu comment cette notion de Common Law s'est acclimatée dans le contexte québécois ; la jurisprudence relative aux revendications amérindiennes nous permet maintenant d'étudier en quoi cette notion a été déterminante pour pacifier les relations autour de la question des territoires et de leur gestion. Depuis 1984, avec l'arrêt Guérin, la jurisprudence considère que le gouvernement fédéral a une obligation de fiduciaire, *"c'est-à-dire qu'il a l'obligation de bien gérer les questions qui concernent les autochtones. Et s'il ne le fait pas, les autochtones ont un recours devant les tribunaux, en dommage et intérêts."*⁷⁵ Cette notion de fiducie est centrale pour comprendre la relation entre le Canada et les Amérindiens. Elle a été développée dans la jurisprudence fédérale au cours des décennies 70-80 et mise en liaison avec le faisceau de notions – droits ancestraux, titre indien ou encore "relation de fiducie" – élaborées par la jurisprudence pour statuer sur les revendications amérindiennes. La construction jurisprudentielle a été progressive dans la mesure où de nombreuses notions devaient être précisées (A). De plus, elle implique de considérer d'un seul coup d'œil l'ensemble de ces droits, titres ancestraux éventuels et devoirs fiduciaires, ceux-ci étant tous étroitement imbriqués. D'ailleurs, quoique le travail de la Cour suprême ait permis d'éclaircir les termes du débat politique et juridique relatif à l'obligation de fiduciaire de la Couronne, les discussions ne sont pas achevées et les critiques souvent très pressantes (B).

A : Interprétations des droits des Amérindiens par la Cour suprême

La question de la fiducie et les relations juridiques qui en découlent, entre la Couronne et les groupes amérindiens, ne peut se soustraire à la compréhension de l'ensemble des notions juridiques pour définir le statut des différents droits afférents aux terres. Il existe en effet plusieurs types de droits territoriaux : la distinction entre droits ancestraux et titres ancestraux, mais également les droits issus des traités, ceux découlant de la Proclamation de 1763 et les droits sur les réserves, sont autant de régimes différents, non-exclusifs, parfois coexistants ou

⁷⁵ DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises...", art. cit. note 2, p. 63. Guérin c. La Reine, 1984, 2 RCS.

entrant en conflit. Tous ces droits sont le résultat des sources juridiques successives, toutes également en vigueur encore aujourd'hui, et dont la logique de fonctionnement est essentielle pour saisir la politique de reconnaissance ou, le plus souvent, de non-reconnaissance de ces droits revendiqués. La jurisprudence de la Cour suprême a défini le contenu de ce qui devait être désigné comme droits ancestraux (1) ; puis, a examiné la question du régime juridique accordé au titre indien quant à sa création et son extinction (2) et l'application qui en est faite notamment au Québec et dans les réserves (3).

1) Rapport entre les revendications amérindiennes et les droits ancestraux reconnus

Les droits ancestraux vécus par les Amérindiens ont été reconnus comme méritant une protection par la Constitution de 1982, mais n'avaient pas été définis précisément par ce texte. De telle sorte que ce sont certaines décisions de la Cour suprême qui ont permis de déterminer ce sur quoi il fallait s'entendre pour parler d'une même voix des droits ancestraux. Tous les arrêts sur les revendications amérindiennes évoquent les droits ancestraux. Cependant, une distinction est faite dans le raisonnement de la Cour, entre la définition du contenu de ces droits et les mécanismes de protection de ces mêmes droits. Autre nuance à apporter relative aux représentations que l'on peut avoir de ces droits selon qu'on soit Amérindien ou non : situer la définition des droits ancestraux par la jurisprudence à partir des interprétations de la Constitution ne signifie pas pour autant que la notion de droits ancestraux n'ait pas eu à être considérée par la Cour suprême avant 1982. En effet, la première décision importante qui y fait allusion date de 1973 avec l'arrêt *Calder*⁷⁶. Celui-ci est d'importance d'autant qu'il est le catalyseur d'une prise de conscience, mais il est relatif en portée juridique, dans la mesure où les droits ancestraux ne bénéficiaient pas encore du régime de garantie des articles 25 et 35 de la Constitution. Cet arrêt apporte des éléments importants pour la définition des droits ancestraux mais doit cependant être complété par ceux qui la précisent en prenant en compte le nouvel état d'esprit juridique qui préside après 1982, et surtout en le confrontant avec les revendications amérindiennes qui permettent de mesurer la réception du discours jurisprudentiel par les principaux intéressés et finalement l'éventualité d'un dialogue entre les différentes parties.

Les "droits ancestraux" ont accédé au rang de notion juridique suite au traitement judiciaire par la jurisprudence de la Cour Suprême. Cependant, avant d'accéder à ce statut de catégorie juridique, ils sont avant tout vécus par ceux qui les revendiquent aujourd'hui, qui ne se soucient

⁷⁶ *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, 1973, RCS 313.

pas, dans un premier temps, de l'importance des détails de telle ou telle pratique, afin qu'elle puisse être désignée comme étant un "droit ancestral". Cette remarque illustre le fait que deux systèmes de représentation juridiques sont en présence et souligne que les questions relatives aux revendications amérindiennes confrontent l'observateur à une mixité des types de langage : dans le cas présent, nous sommes en présence d'une part, d'un discours relevant du registre anthropologique et de l'autre, du discours juridique, plus exactement judiciaire, élaboré par les juges de la Cour suprême ; ce second discours tentant une traduction du premier en termes politiques acceptables. Observons que la première des revendications consiste à être entendu dans le respect de son identité culturelle, ce qui exige des interlocuteurs une certaine attention, celle nécessaire quand il s'agit de saisir un discours qui n'est pas le sien, un discours "autre", qu'il est facile de cataloguer dans le non-discours quand il ne répond pas aux critères auxquels on est habitué. Ceci étant précisé, un des principaux enjeux pour les Amérindiens, au-delà des reconnaissances territoriales en tant que telles, est de faire entendre la spécificité du rapport qu'ils entretiennent avec la terre. Les droits revendiqués ne sont pas seulement territoriaux ; ils sont également relatifs aux activités traditionnelles (pêche, chasse, cueillette), aux droits linguistiques, en particulier pour la toponymie. Ces droits culturels qui concernent les *"droits sur les sites, les lieux archéologiques"* relèvent des droits religieux qui recouvrent un *"droit à la préservation des lieux sacrés, des lieux de rencontre cérémonielle, des sites géographiques spirituels, des objets sacrés, des lieux d'énergie et des lieux thérapeutiques, des lieux des rêves et des visions. Il s'agit de lieux qui seront importants pour les générations futures, pour qu'elles connaissent leur culture."*⁷⁷

La spécificité de ce rapport amérindien à la terre a été reprise par certains textes, notamment ceux résultant des travaux préparatoires qui ont conduit à la Convention 169 de l'OIT⁷⁸. Cette reconnaissance dans le cadre des discussions internationales pourrait être interprétée favorablement, à l'exception près que ces textes, de nature déclarative, ne lient en rien les États qui pourraient être concernés. Dans ce sens, ces textes restent ce qu'ils sont, à savoir des

⁷⁷ KURTNESS Jacques, "Le point de vue des Innus", art. cit. note 3, p. 73.

⁷⁸ En 1983, le rapporteur spécial de la Convention décrivait les rapports des autochtones à la terre selon les termes suivants : *"Comme autrefois, la terre fait partie de l'existence de ces peuples et c'est sur elle que repose leur vie matérielle et spirituelle. Elle définit le groupe (clan, tribu, peuple ou nation), sa culture, son mode de vie, ses cérémonies culturelles et religieuses, ses conditions de survie, les rapports de tout genre entre ses membres et avec d'autres communautés, et surtout sa propre identité. Pour l'autochtone, la terre est synonyme de vie."* COBO José R. Martinez, *Étude de la question de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Rapport final présenté par le rapporteur spécial E/CN. 4/Sub. 2/1983/21. Add. 4, p. 54, cité par LABEAU Pierre-Christian, "Les droits fonciers des peuples autochtones selon le droit international public", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 25, n° 3, 1995, p. 59.

compromis habilement équilibrés qui permettent à la fois de faire espérer le camp de ceux qui revendiquent leurs droits et de rassurer les gouvernements qui veulent conserver leurs prérogatives sur les ressources naturelles à haute valeur ajoutée. Au niveau national canadien, des commentaires similaires sont possibles à propos des conclusions de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones. Au terme de quatre années de consultation, le très volumineux *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* – plus de 4000 pages – a été publié en 1996⁷⁹. Ses conclusions préconisent "*une véritable révolution dans l'approche gouvernementale de la question autochtone*"⁸⁰ ; malgré cela ou, peut-être, en conséquence, le rapport n'a eu que très peu d'impact, politique ou médiatique. Comment l'interpréter ? Outre la technicité des conclusions, le changement radical d'attitude qui aboutirait à l'autonomie gouvernementale des autochtones s'il était mis en œuvre, a sûrement effrayé par les modifications comportementales qu'il impliquerait pour les Blancs. Cela pose la question de l'effort d'explication et de concertation de part et d'autre, c'est-à-dire la nécessité de trouver un équilibre entre les revendications amérindiennes et les attentes des populations euro-canadiennes les plus démunies.

Même si c'est l'arrêt Delgamuukw qui consacrera le titre ancestral en 1997, l'arrêt Calder de 1973 est perçu par les Amérindiens comme celui qui initie le processus de reconnaissance de leurs droits. La question pour les requérants, les Indiens *Nishga'a* de Colombie-Britannique, était de savoir si leurs droits subsistaient sur le territoire de la province. Paradoxalement, la Cour suprême a jugé par la négative leur demande, mais ce sont les positions novatrices des juges dissidents qui ont déclenché le changement d'attitude du gouvernement. Par la suite, les critères de ces droits fixés après la révision constitutionnelle de 1982, l'ont été par l'arrêt Sparrow de 1990 et la trilogie des arrêts du 21 août 1996, Van der Peet, Gladstone et Smokehouse⁸¹.

L'arrêt Sparrow⁸² est le premier arrêt qui statue sur la protection constitutionnelle des "droits ancestraux existants" de l'article 35 (1) de la loi constitutionnelle. Saisir le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt Sparrow de 1990 est important car il annonce l'important arrêt

⁷⁹ Le rapport comprend 5 volumes : vol. 1 : *Un passé, un avenir*, vol. 2 : *Une relation à définir* (deux parties), vol. 3 : *Vers un ressourcement*, vol. 4 : *Perspectives et réalités*, vol. 5 : *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Ottawa : ministère des Approvisionnements et services, groupe de communication Canada, 1996. Consultable sur le site de la Bibliothèque de l'Université de Montréal : <http://www.libraxis.com/rcap/index/html>.

⁸⁰ DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, op. cit. note 4, p. 114.

⁸¹ R. c. Gladstone, 1996, 2 RCS, 723 et R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd, 1996, 2 RCS, 672.

⁸² R. c. Sparrow, 1990, 1 RCS, 1075. Dans cet arrêt, la Cour propose une lecture de l'article 35 et met au point un test de justification des atteintes aux droits ancestraux. Étant donné les implications de cette démarche sur le lien de fiducie entre la Couronne et les Amérindiens, nous réservons le détail de la procédure pour l'examen de la fiducie.

Delgamuukw de 1997 sur les titres ancestraux. Même si la Cour suprême s'en défend, la décision est éminemment politique. Il a existé une crainte que la décision "*élargisse exagérément l'étendue des droits protégés par l'article 35, ce qui forcerait à rendre moins efficace le mécanisme de protection.*"⁸³ Mais, peut-être est-ce le contraire qui en a découlé car l'arrêt Sparrow introduit néanmoins un certain nombre de limitations à la reconnaissance des droits ancestraux, attitude liée au souci constant de la Cour suprême de s'adresser à tous les groupes qui attendent des éléments favorables à leurs situations et revendications respectives.

Quant aux trois arrêts rendus le même jour en 1996, ils reprennent les critères d'un droit pour qu'il soit reconnu comme étant ancestral, en distinguant la nature et l'importance du droit à considérer : "*pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.*"⁸⁴ Faire partie intégrante d'une culture signifie, pour une pratique, qu'elle soit fondamentale pour la survivance de cette culture et pour l'idée que ses membres ont de leur identité. Nous avons vu que l'une des difficultés résulte surtout de l'interprétation du qualificatif "existant" de l'article 35 de la Constitution. Existant à quelle date ? En d'autres termes, les droits existants sont-ils ceux existant d'une manière ancestrale sans avoir été modifiés ou ceux qui existent en tenant compte des adaptations auxquelles ils ont fait face ? Ces considérations aboutissent à se demander si les droits ancestraux sont autorisés à se conformer aux changements sociaux, c'est-à-dire s'ils sont perçus comme des pratiques immuables, représentation qui relève du culturalisme, ou si, à l'inverse, ces droits renvoient à une identité spécifique, elle-même en mutation, comme par exemple, les évolutions technologiques qui ont été intégrées aux pratiques. Et ainsi, d'accepter l'intrusion d'éléments contemporains dans la vie des pratiques ancestrales amérindiennes. La Cour suprême n'a pas répondu précisément à ces questionnements mais a cependant précisé que la détermination des droits doit être établie d'un point de vue général et non spécifique, ce qui permettrait de prendre en compte l'adaptation des modes de vie amérindiens ; ainsi, même si les activités halieutiques se font désormais à bord de bateaux à moteur, elles n'en restent pas moins l'expression d'un droit ancestral.

Les moyens pour les populations autochtones de prouver leur attachement à leur territoire et donc d'y inscrire des droits ancestraux ou même, on le verra dans un instant, un titre aborigène,

⁸³ GRAMMOND Sébastien, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux et l'arrêt Sparrow", *Revue de droit McGill*, 1991, 36, p. 1382-1415, p. 1402.

⁸⁴ R. c Van der Peet, 1996, 2, RCS, 507.

ont été établis dans l'arrêt Van der Peet. Les moyens de preuve ne sont pas ceux usités pour une affaire ne relevant pas des affaires amérindiennes, et ce, en raison du caractère *sui generis* des droits ancestraux⁸⁵. En cela, les juges de première instance acceptent les témoignages oraux ; par exemple, dans l'affaire Delgamuukw, les "*récits Aadawk, les kungax* (qui sont les récits historiques mythologiques respectivement des Gitskan et des Wet'suwet'en), *les affidavits ancestraux* (témoignage de propriété des morts)" doivent être pris en compte comme preuve pour déterminer selon les cas, droits et titres ancestraux. De plus, pour définir les droits ancestraux, on ne se réfère pas aux régimes coutumiers précoloniaux. Même si on reconnaît leur préexistence au droit étatique⁸⁶, la méthodologie utilisée pour les définir ne cadre pas avec la théorie de continuité pure et simple des régimes précoloniaux dans le droit de l'État. Ces droits sont interprétés à la lumière du droit canadien d'aujourd'hui⁸⁷. Cette reconnaissance relève donc plutôt du symbolique et du politique, mais ne signifie pas qu'il y ait eu une continuité de l'ordre juridique précolonial. Selon nous, cette probable reconstruction de la réalité historique qui est liée aux systèmes de représentation de différents groupes en présence, relève d'une nécessité politique. Ainsi, même si la continuité juridique des droits n'est pas reconnue par la Cour suprême – le discours ne serait ni acceptable ni même audible – la position extrême qui serait de ne reconnaître aucun droit aux Amérindiens du Canada ne serait pas non plus tolérable. Le discours judiciaire est en équilibre entre le juridiquement convenable et le politiquement tenable, or, ce qui est politiquement raisonnable n'est pas nécessairement juridiquement irréprochable. D'où la nécessité de fiction juridique.

La Cour suprême recherche toujours à concilier l'inconciliable, ce qui l'a conduite nécessairement à édicter des décisions modérées, sinon tièdes, où elle tempère des prises de décision extrêmement novatrices par des limitations restrictives. D'autre part, concernant la définition des droits ancestraux, il est problématique qu'ils soient définis essentiellement du point de vue des juges ; le regard amérindien y est associé, mais peut-être ne l'est-il pas à sa juste valeur dans la mesure où il lui est demandé de s'inscrire dans les modes de raisonnement de la Cour suprême. D'ailleurs, certains commentaires critiques vont dans ce sens : "*it is my view that it would be politically unjustifiable for self-government to be defined as an aboriginal right through judicial decisions for the very simple reason that the courts are an agency of the Euro-Canadian legal and political order. The courts can of course declare the existence of the right of*

⁸⁵ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997, 3 RCS, 1010, §1.

⁸⁶ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, ibidem, §126.

⁸⁷ Delgamuukw c. Colombie-Britannique, ibidem, §147-148.

aboriginal self-government, and indeed can indicate the extent and nature of the legal protections and immunities which are implied by the right, but in delving further into definition they encounter a conundrum in that they cannot define the content of the right without acting in fundamental disrespect to the right itself."⁸⁸ Ainsi, la tribune judiciaire, pour importante qu'elle soit pour dire le droit et définir les droits sur ces questions, est nécessaire mais n'est peut-être pas suffisante pour instaurer un véritable dialogue entre les acteurs. Le même type de remarques critiques peut être développé à propos de la notion de "titre ancestral", qui a été également construite et précisée par la jurisprudence de la Cour suprême. Une distinction doit être opérée entre droits et titres ancestraux, la question est d'importance car les deux notions n'impliquent pas les mêmes protections et garanties.

Même si le titre foncier ancestral est appelé "titre aborigène" par la Cour suprême dans l'arrêt *Delgamuukw* – ce titre est "*un type de droit ancestral reconnu et confirmé*"⁸⁹ – cette reconnaissance s'inscrit dans un cadre juridique plus large. La Cour établit en effet ce qu'elle appelle un spectre de droits qui va de la maîtrise de la terre (le titre) à des droits qui ne comportent aucune dimension territoriale (la langue, la culture). Ces droits garantis par l'article 35 (1) "*s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec les terres visées*"⁹⁰. Le titre aborigène constitue la situation où l'attachement à la terre est le plus marqué, "*c'est-à-dire le droit à l'utilisation et l'occupation exclusive de terres. Un tel titre est inaliénable, sauf par cession à la Couronne.*"⁹¹ Le titre a "quelque chose en plus" dans le sens où son rattachement au territoire est le plus fortement prononcé : c'est un véritable droit au territoire, alors que ce qui est désigné sous l'expression "droits ancestraux" entretient une relation plus souple au territoire et concerne davantage les activités, qu'elles relèvent de l'ordre économique, social ou religieux, et donc les modalités d'utilisation et d'occupation de ce territoire. Cette distinction, établie par la jurisprudence occidentale, renvoie aux représentations relatives à la propriété, et pour notre propos, pointent les manières différentes d'envisager les

⁸⁸ PRATT Alan, "Aboriginal self-government and the crown's fiduciary duty: squaring the circle or completing the circle", *N.J.C.L. (National Journal of Constitutional Law)*, 1992, 2, p. 163-195, p. 167. Notre traduction : "*à mon avis, il serait politiquement injustifiable que l'autonomie soit définie comme un droit ancestral par une décision de justice pour la simple raison que les cours sont des organisations de l'ordre politique et juridique Euro-Canadien. Les cours peuvent bien sûr déclarer l'existence du droit ancestral d'autonomie, et peuvent indiquer l'étendue et la nature des protections et immunités juridiques qu'implique ce droit, mais en cherchant davantage une définition, elles sont confrontées à une énigme dans la mesure où elles ne peuvent définir le contenu de ce droit sans manquer de respecter de manière fondamentale ce droit lui-même*".

⁸⁹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997, 3 RCS, § 137.

⁹⁰ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997, 3 RCS, § 138.

⁹¹ BRUN Henri et TREMBLAY Guy, *Droit constitutionnel*, Cowansville : Yvon Blais, 2001, 1425p, p. 138.

rapports à la terre : les revendications amérindiennes concernent moins la propriété, au sens de titre foncier, que la possibilité d'avoir l'usage des terres en question.

2) Conditions juridiques de reconnaissance du titre ancestral

Vingt-quatre ans après l'arrêt *Calder*, la reconnaissance d'un titre aborigène originaire – ou "titre ancestral" – est établie par la Cour suprême dans l'arrêt *Delgamuukw*⁹². Elle y pose les fondements conceptuels de ce type, le plus "complet", de droit foncier. Notons avant de les évoquer, que cette jurisprudence canadienne s'inscrit dans la lignée de celle établie aux États-Unis à propos du statut du titre ancestral, attitude traditionnelle de la Cour suprême canadienne en matière autochtone. On retrouve les critères de l'exclusivité et la continuité de l'occupation comme principaux éléments pour qu'un titre ancestral puisse être revendiqué et établi. Déjà dans l'arrêt *Calder*, il était fait allusion à la notion de titre indien défini comme "*le fait pour les Indiens de vivre en société organisée sur un territoire comme leurs ancêtres l'ont fait depuis des siècles.*" Et en 1980, l'arrêt *Baker Lake c. Ministère des Affaires indiennes* précisait le contenu du titre indien : "*Les autochtones de même que leurs ancêtres doivent avoir été membres d'une société organisée, occupant un territoire sur lequel ils ont exercé leur titre, et cette occupation, qui était un fait accompli à l'époque où l'Angleterre imposa sa souveraineté, doit avoir été à l'exclusion de toute autre société organisée.*"⁹³ Dans les années qui suivirent cet arrêt, les commentateurs soulignaient déjà les difficultés à venir, à propos de la distinction entre droits ancestraux et titre ancestral, en suggérant que les "*tribunaux pourraient peut-être conclure que "droit ancestral" et "titre indien" s'équivalent, faisant ainsi bénéficier les détenteurs de titres indiens, de la protection constitutionnelle de l'article 35.*"⁹⁴ Pourtant, une distinction a été établie et maintenue. Nous verrons les caractéristiques requises pour qu'un titre soit établi et reconnu par la jurisprudence et dans quelles mesures celui-ci peut faire l'objet d'une extinction.

Le titre ancestral est reconnu par la tradition juridique de Common Law, pour laquelle il a été reconnu bien avant 1982, date où ces droits et leur protection ont été constitutionnalisés. En effet, la *Proclamation de 1763* ne crée pas de droit, mais reconnaît l'existence de droits ancestraux amérindiens ; cette Proclamation est l'aboutissement des pratiques coloniales régulières relatives à l'occupation de l'espace. Elle est "*devenue l'un des documents clés des droits autochtones canadiens*", cependant, elle ne doit pas être considérée seulement comme une

⁹² *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997, 3 RCS, 1010.

⁹³ *Baker Lake c. Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien*, 1980, 1 C.F., 518.

⁹⁴ EMERY Georges, "Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35 ...", art. cit. note 29, p. 158.

source formelle du droit, "*mais aussi comme la preuve d'une relation établie en dehors de ces documents*"⁹⁵ ; de ce fait, le texte fait le lien entre pratiques politiques et formation d'une jurisprudence par les tribunaux de Common Law, et constitue un support juridique pour les revendications amérindiennes.

Une des hypothèses d'André Émond pour démontrer l'acquisition de droits par les autochtones est celle de la prescription "*parce que la règle de l'inaliénabilité perdait sa raison d'être en Amérique. En effet, au contraire de la France métropolitaine, où le roi a cherché à mettre un frein à l'érosion de son domaine pour un motif d'intérêt public, l'aventure coloniale par définition impliquait l'aliénation des terres des colonies à des particuliers, même si ces terres faisaient partie du domaine de la couronne. (...) L'intérêt public au Canada allait donc dans le sens d'une aliénation du domaine de la Couronne*"⁹⁶ et donc, selon lui, dans le sens d'une reconnaissance et d'une continuité des droits ancestraux. Cette hypothèse a eu peu d'incidence concrètement, dans la mesure où les Britanniques, à leur arrivée en 1763, optent pour une politique qui ne tire pas *stricto sensu* les conséquences juridiques du régime français. Après 1763, la politique de respect de l'occupation des Amérindiens, s'explique par des raisons de stratégie militaire pendant la guerre de Sept ans ; la politique adoptée par les Anglais pendant ce conflit est de se rallier le plus grand nombre d'Indiens à qui on fait la promesse de respecter leur territoire s'ils adoptent une attitude neutre, c'est-à-dire, ni contre les Français, ni à leur côté. La Cour suprême a reconnu le caractère obligatoire de ces accords, comme par exemple, comme elle le fit en 1990, pour le traité Sioui, signé par le général Murray avec les Hurons de Lorette en 1760.

Cependant, si la reconnaissance par la Common Law qu'un titre ancestral existe permet de consolider les preuves pour pouvoir bénéficier de la protection de 1982, cette preuve n'est plus nécessaire à compter de 1982 : les mécanismes de l'article 35 de la nouvelle Constitution complètent l'arsenal pour reconnaître l'existence des droits et titres ancestraux. "*La common law a reconnu plutôt que créé ces droits originaires. Conséquemment, aucun titre ancestral n'a pu*

⁹⁵ WEBBER Jeremy, "Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés", BELLEY Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris : L.G.D.J., 1996, p. 113-149, p. 136 et 143. Sur cette question, il semblerait que les avis soient partagés, on trouve en effet des contributions qui rejettent le lien entre la Proclamation de 1763 et la reconnaissance de titre ancestral. Voir dans ce sens BEAULIEU Jacqueline, CANTIN Christiane et RATELLE Maurice, "La proclamation de 1763 : le droit refait l'histoire", *Revue du barreau*, 1989, t. 49, n° 3, p. 317-343, p. 319.

⁹⁶ ÉMOND André, "Existe-t-il un titre originaire dans les territoires cédés par la France en 1763 ?", *Revue de droit de McGill/McGill Law journal*, 1995, 41, p. 59-90, p. 89.

naître après sa réception. Il est vrai, cependant, que la common law a modifié la tenure autochtone sous plusieurs rapports, notamment en rendant les titres aborigènes inaliénables et en leur greffant des obligations régaliennes. (...) Voilà pourquoi on a jugé dans Delgamuukw que le titre aborigène prend également source dans le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants."⁹⁷

Le titre ancestral constitue la seconde catégorie des droits ancestraux désignés par l'article 35, la première étant les droits d'usage ou "*droits-activités*"⁹⁸ que nous avons évoqués. Trois éléments sont nécessaires pour prouver le titre ancestral : l'exclusivité de l'occupation, le moment où le titre doit avoir débuté, et enfin sa continuité. Dans la mesure du possible, à l'énonciation de chacun de ces critères, nous indiquerons également la politique adoptée par la jurisprudence américaine, ce, parce que celle-ci influence beaucoup les orientations canadiennes, mais aussi parce qu'elle permet de constater que la question des titres ancestraux peut être interprétée de plusieurs manières en raison des cultures juridiques différentes et des représentations relatives aux revendications amérindiennes dans ces deux pays.

L'exclusivité de l'occupation doit être fermement établie. Ce critère reprend celui de "*domestication du territoire*"⁹⁹ du droit américain, cependant, la notion est nuancée en droit canadien car il est envisageable que celui qui détient le contrôle physique sur le territoire puisse "inviter" ou permettre le passage sur les terres ; pour cette raison, on parle d'"*occupation partagée*" où un groupe dominant a la possibilité d'exclure un autre groupe. Dans l'arrêt Delgamuukw, la Cour suprême estime que l'exclusivité est mesurée au moment de l'affirmation des souverainetés européennes. Le moment pour mesurer s'il y a ou non exclusivité de l'occupation d'un territoire donné, n'est pas le même pour les droits et les titres ; pour les droits, il faut se placer avant les premiers contacts avec les Européens tandis que pour le titre, le moment à considérer est celui où la souveraineté de la Couronne est affirmée. Faire découler le

⁹⁷ ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain", art. cit. note 35, p. 854. Le lien entre droits ancestraux et la Common Law sont également établis dans les arrêts Calder c. Colombe-Britannique, Guérin c. La Reine ou R. c. Van Der Peet.

⁹⁸ OTIS Ghislain, "Revendications foncières, "autochtonité", et liberté de religion au Canada", *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 4, décembre 1999, p. 741-772, p. 751.

⁹⁹ La domestication est l'opération dans le temps qui consiste à occuper le territoire. La question posée par le droit américain était de déterminer le laps de temps nécessaire pour qu'il y ait domestication. En 1996, il a été déterminé qu'une durée de trente ans pouvait être suffisante. André Émond fait remarquer que "*l'analogie avec la durée normale pour prescrire un titre de propriété semble avoir eu quelque influence : dans de nombreux États ayant adopté la common law anglaise, a remarqué un juge, des périodes de moins de 30 ans d'une possession ouverte, notoire et ininterrompue suffisent pour acquérir un titre par usucapion (adverse possession)*", ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain", art. cit. note 35, p. 859.

titre ancestral de la souveraineté de la Couronne suggère la relation de fiducie qui s'établit sur le fondement des pratiques qui ont lié autochtones et colonisateurs. Des indices pour établir cette relation sont présentés dans trois arrêts américains¹⁰⁰ dont la jurisprudence canadienne s'est ensuite inspirée en 1887 dans l'arrêt *St Catherine's Milling and Lumber c. R.* : la relation intercommunautaire établie engage la Couronne qui risquerait de mettre sa réputation en jeu et son honneur¹⁰¹ si elle ne respectait pas les engagements vis-à-vis de Amérindiens. En revanche, dans le droit américain, l'effectivité de l'occupation des Indiens est reconnue avant la présence européenne, donc la période de preuve débute avant cette présence et non au moment de l'affirmation de toute souveraineté sur le territoire.

Enfin, la nature et la durée de l'occupation jusqu'au jour du procès, c'est-à-dire le principe de continuité, finit de déterminer l'existence d'un titre ancestral. Cela n'appelle pas des preuves très lourdes, mais reste essentiel dans la mesure où le principe de continuité détermine la création d'un titre, mais aussi sa survie, puisque les Amérindiens ont recours à la continuité de l'occupation pour prouver qu'un titre n'est pas éteint. Dans le jeu des preuves, les opposants aux autochtones tenteront de démontrer que le titre a été éteint, par extinction unilatérale par le souverain ou par abandon par les autochtones. Mais, les Amérindiens peuvent eux-aussi, après avoir démontré l'existence d'un droit ancestral, être amenés à prouver son extinction par un acte unilatéral contemporain des autorités fédérales, pour éventuellement avoir droit à des indemnités. Ainsi, les questions de preuve de la continuité sont essentielles pour résoudre celles de l'extinction du titre car de l'extinction unilatérale par le gouvernement dépend le droit à une compensation. La preuve de l'extinction doit être "claire et expresse" ; deux situations peuvent se présenter pour éteindre un titre : un acte extinctif des autorités qui donne droit à une compensation ou un abandon des propriétaires autochtones.

L'acte extinctif est établi par les autorités. Selon les périodes historiques, au Canada, c'est le Parlement de Grande-Bretagne puis du Royaume-Uni qui avait la compétence d'éteindre un titre ancestral. A la création du Canada-Uni, le Parlement a pris le relais de cette responsabilité. Cependant, la Couronne conserve aussi cette prérogative, ce qui distingue la situation canadienne du droit "états-unien" où seul le gouvernement fédéral a cette compétence. *"Il semble donc que*

¹⁰⁰ *Johnson c. M'Intosh* en 1823 (8 Wheaton p. 543), *Cherokee Nation c. State of Georgia* en 1831 (5 Peters p. 1), *Worcester c. State of Georgia* en 1832 (6 Peters p. 515).

¹⁰¹ La formule "*injury to his fame*" est présente dans l'arrêt *Johnson c. M'Intosh* 8 Wheaton p. 590 et la question de l'honneur de la Couronne est évoquée dans *St Catherine's Milling and Lumber c. R.*, 1887, 13 SCR p. 577, puis, dans les arrêts canadiens suivants relatifs à la relation de fiducie.

la concession de propriété sous quelque régime, common law, coutume de Paris ou droit civil, éteint le titre des autochtones. Comme tous donnent droit à une occupation exclusive, tout ce à quoi pourraient peut-être prétendre les autochtones serait de continuer leurs activités traditionnelles tant que le propriétaire n'a pas besoin de sa terre pour un usage incompatible. Au Canada, la fin du titre n'emporte pas nécessairement l'extinction de tous les droits ancestraux qui lui sont associés."¹⁰² La distinction présente dans la littérature juridique canadienne entre droit et titre révèle la prudence exigée sur la question des revendications juridiques amérindiennes.

L'autre modalité pour prouver l'extinction d'un titre est l'abandon des terres. Il peut être volontaire ou forcé, or, compte tenu du fort attachement des communautés à la terre, l'abandon volontaire est un événement rare. Le plus souvent, lorsqu'une population quittait sa terre, le délaissement était imposé par des raisons extérieures telles que les épidémies ou la guerre. D'autre part, une approche spécifique de la relation à la terre est nécessaire pour appréhender l'occupation continue ou non des populations nomades. *"Le fait de déménager le site de son village tous les sept ans ou huit ans selon un cycle d'occupation n'est pas le signe de l'abandon."*¹⁰³ Pourtant, dans l'arrêt Delgamuukw, il est exigé pour le maintien du titre ancestral, que *"l'occupation ait conservé quelque substance : il doit y avoir maintien substantiel du lien entre la communauté et le territoire revendiqué."*¹⁰⁴ Cette rigueur n'est pas en faveur de la reconnaissance des droits amérindiens nomades ; en revanche, des abandons procédant d'autres mécanismes sont qualifiés plus restrictivement, en faveur des Amérindiens ; ainsi, les abandons par les traités ne sont reconnus que si les traités sont reconnus comme tels : ainsi, selon la jurisprudence, l'échange de *wampums*¹⁰⁵ n'est pas une condition suffisante pour qu'un traité soit établi, cette interprétation tente de mesurer la volonté et le sens donnés par les Amérindiens à cet acte et va dans le sens d'un plus grand respect des représentations de l'espace des Amérindiens.

¹⁰² ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain...", art. cit. note 35, p. 871. Cette dernière particularité est spécifiquement canadienne car "[la] jurisprudence américaine connaît un seul droit originaire : le titre aborigène. Les usages qui lui sont normalement associés, droits de chasse, de pêche et de cueillette, ne peuvent exister en tant que droits originaires indépendants d'un titre." ÉMOND André, ibidem, p. 852.

¹⁰³ ÉMOND André, ibidem, p. 872.

¹⁰⁴ ÉMOND André, ibidem, p. 872.

¹⁰⁵ Le wampum sert "à conserver les dispositions du droit et des traités. Mais il ne se lit pas comme un livre, c'est plutôt un aide mémoire dont les symboles permettent de se rappeler les engagements dont il symbolise le caractère sacré, et les principes généraux d'un droit plus proche de l'esprit des codes que du détail des dispositions statutaires." LAJOIE Andrée et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones...*, op. cit. note 19, p. 15.

Dans le même sens, la question s'est posée à propos des abandons implicites à la suite de la mise en place d'un mécanisme visant à reconnaître puis à enregistrer les titres fonciers. Ce mécanisme est relativement analogue à celui observé au Sénégal pour introduire la propriété ; il a été l'objet d'incompréhension : les habitants ne ressentaient pas le besoin de confirmer des droits traditionnels dans lesquels ils se sentaient en sécurité. Dans le contexte canadien également, *"on a pu connaître cette situation dans la province du Québec de 1763. Les instructions du gouverneur Murray prévoyaient en effet que les "habitants français" de la Province devaient enregistrer leurs concessions, actes ou autres titres en vertu desquels ils possédaient des terres. L'expression "habitants français" pouvait-elle aussi désigner les autochtones ? Officiellement du moins, tous les Amérindiens christianisés du Canada avaient été sujets du roi de France, c'est-à-dire des habitants français."*¹⁰⁶ La question se pose de savoir s'il a été demandé par les autorités britanniques aux communautés autochtones de venir enregistrer leurs titres originaux. Il ne semble pas, mais selon André Émond, aucune recherche historique n'a été faite pour savoir si ces autorités leur ont fait cette demande à l'époque. Cette lacune reflète le peu de cas accordé aux droits sur les terres des Amérindiens, d'autant que la reconnaissance des droits territoriaux n'est pas la même selon que les terres se situent à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ancienne colonie du Québec. Démêler l'imbroglio juridique des droits ancestraux susceptibles d'être nés pendant le régime français, en particulier au regard du droit applicable dans les réserves, implique de mesurer la portée territoriale de la Proclamation de 1763 : elle n'est pas homogène sur tout le territoire actuel québécois et son appréciation ne semble pas faire l'objet de consensus.

3) Relation entre le titre ancestral et les réserves au Québec

Hors de la colonie, *"le Comité judiciaire de Conseil privé a reconnu la présence d'un titre indien sur la bande de terre encerclant, au nord et à l'ouest, l'ancienne colonie de Québec. (...) L'impact de la Proclamation de 1763 sur les droits aborigènes à l'intérieur de la colonie de Québec est moins certain."*¹⁰⁷ Au Québec, *"les conquérants britanniques, malgré une lecture du droit français défavorable aux autochtones, ont néanmoins reconnu des titres indiens sur les anciennes terres de la couronne de France, à condition qu'elles n'aient pas été concédées en fiefs*

¹⁰⁶ ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain...", art. cit. note 35, p. 877. Il ajoute *"ce principe en est énoncé dans l'Acte d'établissement de la compagnie des Cent-Associés (1627) et l'Acte des Indes occidentales (1664) et repris dans les commissions, édits et ordonnances du roi, des gouverneurs et des intendants."*

¹⁰⁷ ÉMOND André, "Existe-t-il un titre originaire dans les territoires cédés par la France en 1763 ?", art. cit. note 96, p. 79. **Voir extrait de la Proclamation de 1763 et évolutions territoriales du Québec Annexe XXI.**

ou en seigneuries."¹⁰⁸ La question des droits amérindiens contemporains sur le territoire de la province du Québec reste posée et cela une incidence sur les négociations en cours.

L'un des paragraphes de la Proclamation de 1763 protège l'installation sur les terres réservées au-delà de la frontière, et "*sur toute autre terre qui n'ayant pas été cédée ou achetée par Nous se trouvent également réservée pour lesdits sauvages.*"¹⁰⁹ A quoi correspondent ces terres ? Par quelle nature juridique peut-on les qualifier ? Parmi les hypothèses envisageables, ces terres peuvent être celles des missions religieuses où des villages amérindiens ont été créés ou bien celles détenues par les Indiens en propre par leur occupation effective, et qui n'ont fait l'objet d'aucune transaction avec les Européens. La réponse n'est pas tranchée définitivement pour toutes les parcelles québécoises, les auteurs penchant pour l'une ou l'autre des propositions. Cependant, la question reste d'actualité : "*Quelles sont ces terres leur appartenant en propre ? Y a-t-il à l'heure actuelle des terres, au Québec, qui appartiennent en propre à des peuples autochtones ou s'agit-il de terres qui seront désignées comme telles à l'issue de négociations ultérieures ?*"¹¹⁰ Cette question concerne le statut des réserves contemporaines, en particulier la nature juridique du mécanisme qui contribue à leur création : découlent-elles de droits ou de titres ancestraux ? Les droits et titres ancestraux sont concernés par la création des réserves dans la mesure où celles-ci constituent une compensation, un paiement en échange de l'abandon de son titre. L'assimilation entre le droit sur le territoire d'une réserve et un titre ancestral a été suggérée par l'arrêt Guérin¹¹¹ ; pourtant, cette conclusion est susceptible d'être discutée car les réserves sont créées sur les terres en échange d'un abandon de droit ancestral sur le territoire ; or, le territoire où est créée la réserve n'a, le plus souvent, pas fait l'objet d'une occupation autochtone pré-coloniale et la réserve peut être dans ce cas, la conséquence d'un déplacement des populations. Toute la difficulté consiste à déterminer si cet échange est fait en pleine conscience et si les Amérindiens avaient réellement l'intention d'abandonner leur titre.

¹⁰⁸ ÉMOND André, *ibidem*, p. 63. Cet effet d'extinction des droits ancestraux par la création d'une seigneurie est d'ailleurs confirmé dès 1912 par le Comité judiciaire du Conseil privé.

¹⁰⁹ Voir extrait du texte de la Proclamation de 1763 en Annexe XXI.

¹¹⁰ HILING Carol, "L'avant-projet de loi sur la souveraineté...", art. cit. note 41, p. 135-136.

¹¹¹ Guérin c. La Reine, 1984, 2 RCS, 335. "*On reconnaîtrait un titre originaire si les occupants vivaient toujours sur leurs terres tribales traditionnelles. Les autres, qui ont quitté leur établissement d'origine pour venir s'établir dans la colonie à l'invitation des Français, n'auraient de titres que ceux reconnus par leur société d'accueil. Les droits fonciers de communautés telles que Kahnawake et Lorette dépendaient donc uniquement du droit de la Nouvelle-France.*" C'est pourquoi les demandes des Amérindiens de ces localités n'ont pas obtenu satisfaction de la part des Britanniques considérant "*qu'ils sont venus après avoir fui leurs ennemis en espérant que les Français les protégeraient, et ces derniers ne leur ont concédé aucun titre.*" ÉMOND André, "Existe-t-il un titre originaire dans les territoires cédés par la France ?", art. cit. note 96, p. 84.

60% des Amérindiens vivent dans des réserves, appelées "établissements" quand elles ne sont pas reconnues par le gouvernement fédéral. Cependant, certaines bandes n'ont pas de réserves et d'autres groupes, non reconnus comme bandes, vivent sur des terres publiques. L'expression "terres réservées"¹¹² n'a pas la même signification que le terme "réserves". Les Indiens sont-ils attachés à ces endroits ? En d'autres termes, continuer à vivre dans ces lieux ou avoir la possibilité de s'y installer fait-il partie de leurs revendications ? C'est une question à résoudre car, en tout cas vu d'Europe, l'existence des réserves suscite une certaine réprobation. Pourtant, le fait que des terres soient réservées pour les populations originelles qui ont été chassées de leur cadre de vie habituel et que des droits soient attribués par le fait d'habiter dans les réserves paraît un élément important pour reconstruire le dialogue. Cette attitude est une illustration des prérogatives et devoirs de la Couronne vis-à-vis des communautés amérindiennes dont la fiducie est la notion clé.

B : Application de la fiducie aux revendications amérindiennes

La jurisprudence canadienne a élaboré sa politique autour de la notion de fiducie¹¹³ pour définir la relation entre la Couronne et les différents groupes amérindiens, et fonder juridiquement les droits ancestraux. Cependant, les premières traces de cette relation fiduciaire sont déjà en germe dans l'attitude des congrégations religieuses de la Nouvelle-France. Les concessions faites aux congrégations religieuses, Jésuites ou Sulpiciens, pour le compte de groupes d'Amérindiens, annoncent déjà, pendant le régime français, les principes développés par la suite par la Couronne dans son obligation de fiduciaire¹¹⁴. Dans tous les cas de figure, n'est pas exempt un certain relent de paternalisme. Les fondements profonds de la fiducie remontent aux temps des premières relations avec les Amérindiens. Ainsi, la construction jurisprudentielle de la Cour suprême à la fin du 20^e siècle est le fruit des relations entretenues de longue date, et ensuite déclarées explicitement dans la jurisprudence américaine du 19^e siècle (1) dont s'inspire la Cour suprême canadienne (2) et dont la réception par la doctrine aboutit à lier fiducie et autonomie gouvernementale (3).

¹¹² La notion de terres réservées aux Indiens recouvre quatre types de terre : les terres de réserve, les terres réservées au sens de la Proclamation royale de 1763, les terres grevées du titre ancestral et les terres mises de côté pour les autochtones aux termes d'un traité auquel participe le Fédéral. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997, 3 RCS, 1010, §175. Ces réserves ne sont pas exclusives, elles peuvent se situer sur le domaine public dans le cas où un droit ancestral est reconnu. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997, 3 RCS, 1010, §176-178.

¹¹³ Nous avons précisé dans le chapitre précédent, "Les cultures juridiques et la propriété individualisée", l'origine et le contenu de la notion de fiducie, p. 421-434. **pages à actualiser.**

¹¹⁴ BRISSON Jean-Maurice, "L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit", LAJOIE Andrée et alii, *Le statut juridique des peuples autochtones...*, op. cit. note 19, p. 61-106, p. 85.

1) Fondements historiques et juridiques du rôle de fiduciaire de la Couronne

Pour attester d'une relation de fiducie entre les Amérindiens et la Couronne¹¹⁵, il est nécessaire de rassembler les actes juridiques et les comportements qui pourraient révéler, du début de la Confédération à la période contemporaine, une attitude de sauvegarde des intérêts des Amérindiens ; ce souci de protection des droits du bénéficiaire de la fiducie est au cœur de la notion juridique de la fiducie, mais cette attitude reflète-t-elle réellement les intentions profondes des autorités canadiennes ?

La théorie des "droits nés de la découverte", énoncée par le juge Marshall au début du 19^e siècle ont donné lieu, un temps, à des tentatives de justification des droits de la Couronne sur les terres amérindiennes. La découverte de nouvelles terres donnait un titre valable à sa Majesté, mais en raison de la préexistence des autochtones, des droits leurs étaient reconnus car une occupation antérieure était avérée. Il y a eu superposition de droits que les autochtones pouvaient délaïsser et que Sa Majesté pouvait éteindre unilatéralement. Ici, se crée dans le discours judiciaire l'obligation du fiduciaire émanant de la Couronne. Cette théorie est construite par le juge américain Marshall, en 1823, lorsqu'est soulevée, aux États-Unis, la question de la validité de la cession de terrains, consentie par des Illinois, en 1773, à des sujets anglais. Pouvaient-ils céder ces terrains ? Pour le juge Marshall, ils ne le peuvent pas. Il considère que si la première nation européenne à avoir découvert de nouveaux territoires a un droit exclusif par rapport aux autres nations européennes, pour y fonder des activités, malgré cela, *"les autochtones continuent d'être les possesseurs légitimes des territoires qu'ils occupent. Leur indépendance initiale est toutefois restreinte, puisqu'une seule nation peut acquérir leurs terres. Celle-ci peut concéder des terres avant que les autochtones ne les aient cédées ; dans cette hypothèse, ils conservent leur droit d'occupation jusqu'à ce qu'ils y renoncent."*¹¹⁶ Cette théorie est évoquée ici seulement pour mettre en évidence les fondements historiques de la fiducie vis-à-vis des Amérindiens. De nos jours, la "théorie de la découverte" n'est plus majoritaire ; elle a été supplantée par celle de la conquête. Pourtant, les propositions du juge Marshall, dans l'arrêt de 1823, sont interprétées comme celles qui ont, les premières, introduit dans les sources judiciaires la notion de relation de fiducie actuellement mise en œuvre au Canada.

¹¹⁵ Rappelons que malgré le rapatriement et la révision de la Constitution en 1982, la Reine d'Angleterre demeure le chef de l'État canadien.

¹¹⁶ MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal : Boréal, 1997, 333p, p. 167.

Concernant les fondements canadiens de la relation de fiducie entre la Couronne et les Amérindiens, il faut remonter à la Proclamation de 1763. Cette Proclamation concerne le territoire québécois mais elle reflète la politique de la Couronne sur tout le territoire canadien. L'article 60 propose de "[rassembler] *lesdits sauvages (...), traiter avec eux, leur promettre protection et amitié de Notre part.*" Cette formule qui peut apparaître comme une simple formule politique de diplomatie doit être prise au sérieux. "*Le roi a voulu offrir sa protection à tous les autochtones, sédentaires ou nomades, un geste qui aurait été vide de sens s'il n'avait visé la sauvegarde de leur unique bien d'importance : la terre. Or, eu égard à la situation des peuples nomades, on ne doit pas présumer que les instructions de la couronne n'avaient aucun effet utile ou, pis encore que leur but était de tromper les autochtones : son honneur et sa dignité l'interdisaient.*"¹¹⁷ La commission du gouverneur Murray, réunie à l'époque, permet de préciser la volonté des rédacteurs de la Proclamation. L'une des consignes était de protéger les droits de tous les habitants de l'ancienne Nouvelle-France ; parmi ces habitants, les Indiens sont visés, à l'exception près, d'importance pour comprendre l'origine de la fiducie, que pour eux, l'enregistrement de leur titre n'est pas envisagé. André Émond explique cette absence d'enregistrement par le fait que les autorités britanniques "*ont probablement pensé que, contrairement aux droits de propriété des colons français, ce titre était inaliénable et se confondait avec l'intérêt de la Couronne, d'où l'inutilité apparente de l'enregistrement.*"¹¹⁸ Nous percevons ici les prémices de l'obligation de protection incluse dans la souveraineté de la Couronne. La fiducie concerne tout le territoire canadien. Certaines questions se sont posées spécifiquement sur l'actuel territoire québécois, mais dans la jurisprudence, la notion a particulièrement été développée suite à des litiges qui ont eu lieu en Colombie-Britannique, province de l'ouest canadien où les Amérindiens restent particulièrement attachés à leur mode de vie traditionnel.

2) Interprétation de la relation de fiducie par la Cour suprême

Dans l'arrêt Guérin de 1984¹¹⁹, la Cour suprême reconnaît pour la première fois que "*le gouvernement fédéral a une obligation particulière à l'endroit des Indiens et que ceux-ci peuvent obtenir un dédommagement en cas de non-respect de cette obligation. La Cour qualifie cette obligation gouvernementale de fiduciaire, quoiqu'on ne soit pas en présence d'une fiducie au*

¹¹⁷ ÉMOND André, "Existe-t-il un titre originaire dans les territoires cédés par la France ?", art. cit. note 96, p. 82.

¹¹⁸ ÉMOND André, *ibidem*, p. 82. Voir extrait de la Proclamation de 1763 annexe XXI.

¹¹⁹ Guérin c. la Reine, 1984, 2 RCS, 335.

sens habituel du terme."¹²⁰ Il s'agissait pour les Indiens Musqueams de remettre en cause l'accord relatif au terrain de leur réserve, dans la banlieue de Vancouver, entre le ministère des Affaires indiennes de Colombie-Britannique et celui du gouvernement fédéral ; l'accord prévoyait une cession des terres sans qu'en soit avisée la bande indienne concernée. La décision a ébranlé les fondements du système de tutelle dans lequel les Indiens étaient maintenus et où ils sont considérés comme des "objets de droit" et non des sujets de droit. L'arrêt s'inscrit dans la continuité de la politique menée par le gouvernement fédéral qui a mis en place des négociations pour régler les "*revendications particulières des Indiens*", mais également dans la politique adoptée aux États-Unis¹²¹. "*L'arrêt Guérin suggère également que l'obligation du fiduciaire de la Couronne, sans constituer en soi un droit ancestral, participe à la définition des droits ancestraux. Il en serait un attribut comme l'est leur caractère inaliénable.*"¹²² Cet arrêt, en affirmant la relation de fiducie entre gouvernement fédéral et Indiens, exige que le premier rende des comptes sur ses actions concernant les seconds, et tout particulièrement leurs terres.

En 1990, avec l'arrêt Sparrow¹²³, un nouvel essor est donné à l'obligation du fiduciaire de la Couronne, dans le sens où la Cour suprême se prononce pour la première fois sur la portée de l'article 35 (1) de la loi constitutionnelle de 1982. Dans cette affaire, qui, comme pour l'arrêt Guérin, a lieu en Colombie-Britannique, était jugée une condamnation ressentie comme une atteinte à un droit ancestral de "pêcher" avec des filets non réglementaires, c'est-à-dire des filets dont la longueur dépasse celle autorisée. Ronald Sparrow, Indien de la bande de Musqueam, près de Vancouver, prétendait que cette limite constituait une atteinte à son droit ancestral de pêcher au sens de l'article 35 (1). Il considère qu'il a un droit ancestral de pêcher, quelle que soit la longueur du filet de pêche, et que ce droit est désormais protégé par la Constitution de 1982 : selon lui, la loi fédérale doit s'effacer devant ce droit ancestral ; si elle va à l'encontre des droits ancestraux, selon le requérant, elle doit être annulée. En conséquence de quoi, la Cour suprême doit déterminer, comme elle l'a fait pour le gouvernement, si une relation de fiducie engage le Parlement et restreint de ce fait l'action du législateur, ce qui revient à préciser s'il y a en l'espèce, d'une part, la présence d'un droit ancestral visé par l'article 35 et, d'autre part, le cas échéant, la portée de la protection de ce droit.

¹²⁰ DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux...*, op. cit. note 18, p. 36.

¹²¹ Notons que le contexte juridique de l'époque favorisait la décision. Un an avant, un arrêt sur une question aux termes similaires avait déjà conclu aux États-Unis à la reconnaissance d'une obligation à la charge du gouvernement fédéral vis-à-vis des Indiens dans l'affaire Mitchell II.

¹²² ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain...", art. cit. note 35, en note de bas de page, p. 854.

¹²³ R. c. Sparrow, 1990, 1 RCS, 1075.

Dans l'arrêt Sparrow, la notion de fiducie est inscrite dans la problématique proposée par les revendications liées au *self-government*. L'arrêt concerne deux thèmes, la question de la fiducie qui est élargie et celle des droits ancestraux pour lesquels nous avons vu qu'ils ne peuvent être remis en cause par le Parlement. L'article 35 met en cause la responsabilité de fiduciaire du gouvernement à l'égard des autochtones dans le sens où cet article est "*une promesse faite aux autochtones*" et un "*engagement solennel*" : la Couronne a l'obligation de protéger les droits ancestraux contre les fraudes et les empiétements. La complexité vient du fait que l'article 35 cherche à concilier l'inconciliable, à savoir l'idée de la préexistence des droits sur la terre des sociétés autochtones et la souveraineté de la Couronne... La Cour suprême se doit de prendre en considération les revendications des différents acteurs autochtones, tout en tenant compte également des différentes représentations de l'ensemble des acteurs sur la question¹²⁴. Dans ce sens, la difficulté de la Cour est de concilier dans son "discours judiciaire", des éléments de réponse susceptibles de sensibiliser et, dans un certain sens, de rassurer ces acteurs aux attentes contradictoires et parfois incompatibles.

Les mécanismes de protection des droits ancestraux ont une force variable. Nous avons vu que l'article 35 ne fait pas partie de la Charte ; cela signifie l'exclusion du bénéfice de l'article 1^{er} de celle-ci qui énonce "*que les droits énoncés dans la Charte sont garantis*", mais également qu'aux droits visés dans l'article 35 n'est pas applicable la formule selon laquelle ils "*peuvent faire l'objet des restrictions raisonnables*." Ce passage fait réagir Sébastien Grammond : "*Tel une épée à deux tranchants, il énonce à la fois la force de la protection et ses limites. C'est pourquoi on peut qualifier les droits inscrits, dans la Charte, de relatifs*."¹²⁵ Ainsi, l'article 35, présenté comme une avancée pour la reconnaissance des droits autochtones, pourrait, selon les interprétations du montage juridique proposées par la Cour suprême, être, non pas vidé de son contenu, mais sensiblement nuancé. La non-application à l'article 35 des bénéfices de l'article 1^{er} de la Charte implique une protection moindre des droits ancestraux, tant dans les représentations que dans les pratiques ; pour Sébastien Grammond, deux conséquences pourraient être tirées par

¹²⁴ La question des différents auditoires auxquels doit s'adresser la Cour suprême est soulignée par Sébastien Grammond qui identifie à propos de l'arrêt Sparrow, cinq grands groupes : "*les autochtones du Canada*", "*les intellectuels et les professeurs de droit intéressés par les questions des libertés publiques*", "*les pêcheurs commerciaux non-autochtones*", "*les gouvernements provinciaux*" et "*les praticiens du droit en général (avocats et juges de première instance)*". Il ressort de la diversité de ces "publics" qui attendent des signes forts de la Cour suprême, que le discours de celle-ci ne pourra qu'être fortement nuancé afin que chacun de ces sous-groupes ait l'impression que l'interprétation judiciaire lui soit favorable. GRAMMOND Sébastien, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux et l'arrêt Sparrow", op. cit. note 83, p. 1409-1411.

¹²⁵ GRAMMOND Sébastien, *ibidem*, p. 1406.

la Cour suprême : soit ces droits ne sont pas "*garantis*" comme ceux de la Charte, ce qui réduit leur portée et leur protection, soit ils ne peuvent faire l'objet d'aucune "*restriction raisonnable*", dans ce cas, les droits de l'article 35 seraient absolus.

Pour des raisons politiques, la Cour suprême ne peut établir le caractère absolu des droits ancestraux ; elle évite une réponse précise à cette question, en présentant une autre méthode d'analyse. Il s'agit de l'élaboration d'un test de justification, désigné comme "test Sparrow" qui est une grille permettant sur la base de l'article 35 de déterminer s'il existe un droit ancestral, puis, le cas échéant, une atteinte à ce droit, et permet d'introduire un mécanisme présenté comme un mécanisme de protection, mais qui, en définitive, peut ouvrir la voie à des interprétations multiples pour justifier des atteintes aux droits ancestraux¹²⁶. Sébastien Grammond fait remarquer qu'"ainsi, des droits qu'on aurait pu croire absolus ne sont que relatifs", ce, principalement en raison "*de l'immense étendue potentielle*"¹²⁷ des droits ancestraux que la Cour suprême ne définit pas précisément et dont elle préfère harmoniser le mécanisme de protection par rapport aux autres droits contenus dans la Charte, en introduisant le test de justification des atteintes aux droits ancestraux, ce qui permet de ne pas remettre en cause la relation du fiduciaire entre la Couronne et les Amérindiens.

Outre qu'il précise les critères d'existence et d'extinction des droits ancestraux, l'arrêt Sparrow opère un élargissement des obligations du fiduciaire dans deux directions par rapport à l'arrêt Guérin. L'obligation, en plus de concerner la Couronne, vise dorénavant aussi les lois adoptées par le Parlement et les règlements qui en découlent. En outre, les bénéficiaires de la fiducie sont dorénavant les Indiens mais aussi les Métis et les Inuits. Le jugement Sparrow n'a pas été le premier à tenter de définir la notion de droit ancestral, mais il a été le premier à apporter des éléments pour son application, étant donné que ni la Constitution, ni aucune loi, n'en a précisé la mise en œuvre. Cependant, la question de la fiducie doit être comprise dans toute la complexité des droits et devoirs qui la composent parce qu'ils en font une relation qui associe le lien de tutelle et la reconnaissance d'une certaine autonomie des Amérindiens. Tout l'enjeu est de

¹²⁶ Pour le test de justification des atteintes aux droits, le tribunal doit établir si la partie autochtone a démontré qu'elle est titulaire d'un droit protégé par l'article 35. Si un droit est prouvé, le tribunal doit décider si le gouvernement a réussi à démontrer que ce droit a été valablement éteint avant 1982 (ou après 1982 par traité ou accord) et qu'il n'est donc plus "existant" au sens de l'article 35. À défaut d'une preuve d'extinction valide, c'est-à-dire si l'existence d'un droit est acquise, le tribunal doit déterminer s'il y a eu une atteinte au droit dont jouit la partie autochtone au terme de l'article 35. En cas d'atteinte, le tribunal doit déterminer si celle-ci est justifiée. Si c'est le cas, le droit est éteint sans indemnité, mais si l'atteinte n'est pas justifiée, le tribunal devra octroyer la réparation appropriée à la partie autochtone. **Pour un schéma du raisonnement de l'arrêt Sparrow, voir Annexe XXIII.**

¹²⁷ GRAMMOND Sébastien, *ibidem*, p. 1407-1408.

déterminer dans quelle mesure celle-ci est, non seulement reconnue, mais également, le cas échéant, mise en œuvre. Ce lien étroit a été particulièrement discuté par la doctrine et il intéresse notre propos dans le sens où il révèle la complexité qu'il faut garder à l'esprit pour saisir la notion de fiducie en théorie mais aussi dans son application aux réalités amérindiennes.

3) Réception par la doctrine de la trilogie "fiducie, droits ancestraux et droit à l'autonomie"

Les interprétations de la relation de fiducie sont d'autant plus complexes à établir que la Cour suprême doit les concilier avec celles relatives à la définition des droits ancestraux qu'elle ne peut se permettre de définir trop largement ou trop restrictivement, au risque de mécontenter respectivement les gouvernements ou les autochtones. Or, ces deux notions, droits ancestraux et relation de fiducie, sont liées par la revendication d'autonomie gouvernementale qui "*constitue vraisemblablement un "droit ancestral existant" au sens de l'article 35. (...) En fait, ce devoir de la Couronne qui, en soi, a pour but la protection des intérêts autochtones, est souvent invoqué par la Couronne pour justifier sa rétention du contrôle à l'égard des biens et des activités autochtones. Cela a bien sûr pour conséquence, sinon d'empêcher, à tout le moins de retarder l'accès à l'autonomie gouvernementale.*"¹²⁸ Pourtant, le droit à l'autonomie est directement lié à la reconnaissance des droits ancestraux. La théorie des droits ancestraux est une construction juridique relativement récente, élaborée par les jurisprudences des Cours suprêmes états-unienne et canadienne. Récente, car la doctrine de la *Terra Nullius*, fondement de la "théorie de la découverte", avancée aux 16^e et 17^e siècles par les juristes pour justifier la possession par les nations européennes, a continué d'imprégner les esprits, longtemps après cette époque. Pour ces juristes, la souveraineté européenne ne faisait aucun doute, la question de la préexistence de droits détenus par les autochtones ne se posait pas, étant donné qu'en tant que païens, ils ne pouvaient jouir d'aucun droit.

Pourtant, fiducie et autonomie sont indissociables. "*The two concepts together form a braid. They are part of each other, and they make sense only when they are considered together; when they are analyzed in isolation from each other, each of them can be made into a great lie. The most dangerous lie is that self-government means the end of all government responsibility toward aboriginal communities. This is the view that the fiduciary duty is like an umbilical cord,*

¹²⁸ LAFONTAINE Alain, "La coexistence de l'obligation fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1995, 36, p. 669-744, p. 675 et 674.

and upon the achievement of self-government the cord must be necessarily cut."¹²⁹ En les appliquant à la question autochtone, Alain Lafontaine expose les différentes théories évoquées pour justifier le lien entre autonomie et fiducie. La théorie culturelle est rejetée parce qu'elle présuppose l'infériorité d'une culture par rapport à une autre où le peuple "le plus fort" protègerait "le plus faible". La théorie du contrôle sur laquelle est fondée la décision Mitchell de 1983 est aussi mise de côté car jugée "circulaire" : *"si le contrôle est une façon d'accomplir le devoir du fiduciaire, ce devoir ne peut en retour être justifié par le contrôle."*¹³⁰ Le principe de l'autonomie serait alors le fondement même de l'obligation du fiduciaire, ces deux régimes étant indissociables. *"McMurtry et Pratt considèrent que la coexistence des deux éléments est possible et même inévitable. Elle nécessite cependant, selon eux, que l'on reconnaisse qu'il peut y avoir des degrés divers de souveraineté entre les parties en cause. Selon cette thèse, la Couronne détient une certaine souveraineté et les nations autochtones aussi."*¹³¹ On retrouve dans cette présentation la logique de la fiducie qui accorde simultanément à plusieurs acteurs des droits différents sur un même bien et suggère de revisiter la notion de souveraineté pour permettre la reconnaissance de plusieurs légitimités sur un même territoire.

Si les décisions de la Cour suprême ont été déterminantes pour enclencher un processus de prise de conscience, elles ne se prononcent pas sur certains thèmes, jugés trop politiques. Son rôle est déjà souvent critiqué comme étant trop volontariste en faveur des Amérindiens. *"On a critiqué, par ailleurs, le rôle sans précédent que jouent les tribunaux depuis 1982. On a interprété ces changements constitutionnels comme l'introduction au Canada du gouvernement des juges. Il est évident que ces changements ont attribué aux tribunaux un rôle plus grand d'arbitrage quant aux valeurs sociales, et bien des gens estiment que de telles décisions reviennent à des*

¹²⁹ PRATT Alan, "Aboriginal self-government and the crown's fiduciary duty...", art. cit. note 88, p. 169. Notre traduction : *"Les deux concepts ensemble forment une tresse. Ils sont mutuellement la part de l'autre, et ils ne font sens seulement quand ils sont considérés simultanément ; quand ils sont considérés isolément, chacun d'eux peut donner lieu à un formidable mensonge. Le plus dangereux mensonge est que l'autonomie signifie la fin de tout gouvernement responsable à l'égard des communautés aborigènes. Cette position considère que le devoir de fiducie est comme un cordon ombilical et que, pour atteindre l'autonomie, le cordon doit être nécessairement coupé."*

¹³⁰ LAFONTAINE Alain, "La coexistence de l'obligation fiduciaire...", art. cit. note 128, p. 742.

¹³¹ LAFONTAINE Alain, ibidem, p. 743, citant Mc MURTRY William R. and PRATT Alan, "Indians and fiduciary concept, self-Government and the Constitution: Guerin in perspective", *CNLR (Canadian Native Law Reporter)*, University of Saskatchewan, Native Law centre Saskatoon, 1986, 3, p. 19-46. L'obligation du fiduciaire pèse sur la Couronne et donc sur l'action du gouvernement fédéral. Cette obligation pèse-t-elle également sur les provinces ? Cette question reste ouverte car la jurisprudence ne s'est pas exprimée explicitement, cependant, un faisceau d'indices permet de suggérer une réponse négative dans la mesure où dans les conventions bilatérales qui ont été signées à ce jour, l'intervention d'une loi fédérale à toujours été requise pour éteindre les droits amérindiens, capacité dont le gouvernement fédéral conserve le monopole. Dans ce sens, voir BOIVIN Richard, "A qui appartient l'obligation du fiduciaire à l'égard des autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1994, 35, n° 1, p. 3-22.

gouvernements élus et non à des juges nommés."¹³² Cependant, l'équilibre de ses décisions ne fait pas s'aventurer la Cour vers des territoires sensibles comme le sont les questions de l'autodétermination politique ou la maîtrise du territoire, "*enjeux politiques que la Cour ne mentionne qu'une seule fois à notre connaissance, pour les rejeter expressément.*"¹³³ Pour nous, cela reflète le fait que certaines décisions ne peuvent être prises que par les pouvoirs politiques, même si elles ont été mises en lumière par l'instance judiciaire. Certaines questions relatives aux relations avec les Amérindiens sortent de la compétence judiciaire et font partie intégrante des discussions entre le gouvernement fédéral, les différents groupes amérindiens et les provinces, en particulier le Québec qui y voit un enjeu pour sa propre reconnaissance. Ces nouvelles questions qui conduisent à un constat d'échec ou sinon de blocage des discussions et négociations, seraient l'occasion de faire état des initiatives les plus récentes et des projets en cours pour réfléchir et mettre en œuvre un nouveau type de gouvernement, ou de gouvernance, qui envisage différemment les moments de délibération et de prise de décision.

La réappropriation du droit et le phénomène d'acculturation dans son ensemble ne se construisent pas seulement par la voie judiciaire. Les Amérindiens, comme, nous allons le constater, les Sénégalais, se réapproprient le droit au travers des pratiques juridiques qui combinent les représentations de différentes influences. Nous venons d'envisager comment la voie institutionnelle peut être réutilisée et intégrée dans les comportements. En introduction de ce chapitre, nous faisons état de différentes modalités de combiner les pratiques juridiques, qu'elles se traduisent par un processus d'acculturation, de maintien des modes opératoires traditionnels ou bien de réappropriation et de métissage des pratiques. Dans le cas du Sénégal, nous retrouvons ces trois façons de procéder, entre droit importé d'essence occidentale et maintien des pratiques juridiques endogènes.

¹³² DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux...*, op. cit. note 18, p. 24. On peut néanmoins noter que les "*juges nommés*" le sont généralement par des "*gouvernements élus*".

¹³³ LAJOIE Andrée, *Quand les minorités font la loi*, op. cit. note 7, p. 76.

Section 2 : Pratiques du droit foncier des populations : illustrations à Saint-Louis

Les particuliers de Saint-Louis ont investi le champ du foncier de longue date. En raison de l'ancienneté de la ville, les différentes procédures foncières possibles pour les particuliers au cours du 20^e siècle sont présentes dans la ville et permettent l'examen des régimes successifs qui ont été appliqués – ou tentés d'être appliqués –, mais également d'apporter des éléments relatifs aux représentations liées à l'espace et les litiges qui en découlent. Simultanément les récentes réformes, aussi bien domaniales que foncières, et les projets de réaménagement permettent d'envisager de nouvelles perspectives qui ont favorisé l'augmentation déjà amorcée du nombre des parcelles détenues par les particuliers. Notre préoccupation est de montrer que d'une situation a priori "chaotique" découlent des combinaisons juridiques qui peuvent répondre aux attentes des populations. De la même façon que les métiers qui constituent ce qu'on appelle couramment le secteur informel de l'économie manifestent, selon l'expression de Babacar Sall, "*l'inventivité des groupes sociaux qui tentent d'organiser des solutions de survie*"¹³⁴, cette *inventivité* existe également dans les pratiques juridiques. Nous nous proposons d'exposer la situation juridique et sociale de deux quartiers de la ville de Saint-Louis où les pratiques juridiques locales assimilent, en les transformant, les règles étatiques imposées et parfois inadaptées au contexte. Ces deux quartiers offrent l'opportunité d'observer, à l'occasion de leur réaménagement, les modalités juridiques d'occupation des sols dans un contexte urbain dense. Le réaménagement du quartier de Pikine¹³⁵ qui passe par une tentative de généralisation de la propriété, permet de faire état des pratiques d'aménagement "spontané" des populations de ce quartier qui reflètent comment celles-ci se réapproprient les modalités d'organisation de l'espace urbain (§1) ; la même question concernant le quartier de pêcheurs de Guet Ndar rend possible, sous un autre angle, d'apprécier comment des représentations relatives à l'espace peuvent, en dépit de leur différence, faire néanmoins l'objet de combinaisons lors du processus d'acculturation (§ 2).

§ 1 : Pratiques du droit et généralisation de la propriété urbaine : l'exemple de Pikine

Du fait de la fondation du comptoir en 1659 qui l'a placé sur le devant de la scène politique et sociale sénégalaise, la ville de Saint-Louis a connu tous les régimes que le colon a mis en place

¹³⁴ SALL Babacar, "Anétatisme et modes sociaux de recours", *L'État en Afrique : indigénisations et modernité*, Paris : Cahier du GEMDEV, 1996, n° 24, 207p, p. 169-176, p. 173.

¹³⁵ Ne pas confondre avec un quartier de Dakar qui porte également le nom de Pikine. **Voir plan en Annexe IV.**

pour mettre en œuvre sa politique de colonisation politique et juridique. Un des aspects de cette politique s'est traduit par l'introduction de la propriété et le cas échéant, sa propagation. Au domaine "ancien" des particuliers, s'ajoute aujourd'hui un domaine des particuliers "à venir", par le biais des opérations de lotissements et de restructurations conduites par l'État. Le projet actuellement en cours à Pikine est une illustration des politiques menées pour améliorer les conditions de logement de la population, en particulier à la demande des habitants issus des nouvelles "classes moyennes" qui ont les moyens de pourvoir à leurs exigences. Après avoir évoqué les caractéristiques historiques et juridiques du quartier de Pikine, notamment les différents comportements face au système juridique étatique (A), nous nous interrogerons sur les mécanismes qui président à la dynamique d'introduction de la propriété et des résistances qui peuvent apparaître (B).

A : Précarité juridique et permanence de l'occupation

A plusieurs égards, l'exemple de la restructuration du quartier de Pikine de Saint-Louis illustre les stratégies employées, d'une part, par l'État pour enrayer le phénomène des quartiers spontanés, d'autre part, par les "*habitants spontanés*" qui, dans leur prétendue spontanéité, font leurs des méthodes d'aménagement urbain en s'inspirant de l'agencement des lotissements officiels, pour organiser l'espace de leur quartier. Étant données les constructions en matériaux résistants et le caractère ordonné de l'espace, les opérations de déguerpissement ou "méthode du bulldozer" telles que pratiquées par les pouvoirs publics dans les années 1970 n'ont pu être utilisées sur le site. Politiquement, l'État ne pouvait s'engager dans cette voie, socialement dangereuse et inefficace sur le long terme. L'occupation n'est pas pour autant juridiquement autorisée, mais pour se prémunir d'une expulsion du terrain occupé, les habitants entretiennent une paradoxale "précarité permanente" dont nous détaillerons les modalités. La présentation des spécificités urbaines et juridiques de ce quartier implique de rapporter l'origine de la situation juridique des sols dans le quartier de Pikine (1), afin de mieux saisir quels sont les litiges qui ont pu en découler (2).

1) Origine des droits applicables dans le quartier de Pikine à Saint-Louis

La formation de Pikine et la particularité historique de son statut juridique sont des éléments importants pour comprendre les pratiques juridiques actuelles de ce quartier dit spontané. Celui-ci se situe sur le continent, au sud du quartier de Sor, de formation plus ancienne. Pikine se présente comme un quartier relativement récent par rapport aux autres quartiers de Saint-Louis,

mais en raison d'un statut foncier particulier, son développement a été très rapide. "*Le quartier fait problème parce qu'il s'est installé sur un terrain privé, hors de l'emprise municipale (...) En somme, il est censé ne pas exister et la Municipalité l'ignore.*"¹³⁶ A l'origine, le terrain a été offert à un notable saint-louisien, Yérin Mbagnick, qui l'a reçu du gouverneur Faidherbe en remerciement des services rendus à la cause coloniale¹³⁷. Le terrain de 449 hectares, inscrit sous le titre 456 au livre foncier, a ensuite été "*parcellisé*", et "*vendu*" par ses héritiers, le plus souvent sans acte notarié, ni aucun autre document officiel. Aujourd'hui, de nombreux propriétaires ont en leur possession un document manuscrit attestant du contrat sous seing privé mais dans certains secteurs du quartier, aucun document n'atteste les transactions de vente ou de location.

La formation proprement dite du quartier de Pikine remonte à la fin des années 1950 où, à l'occasion du programme de rénovation du quartier de Diamagueune, les premières familles s'installent. Jusqu'à l'Indépendance, l'habitat reste lâche et plutôt rural. Mais, la croissance urbaine s'accélère. En 1975, Pikine est devenu urbain et compte selon le ministère de l'Urbanisme et de l'Habitat près de 12000 habitants¹³⁸ ; près du tiers de la population saint-louisienne à la fin des années 1980. Du point de vue de la qualité de l'habitat, la plupart des constructions sont "en dur", les baraques ne représentant que 13% de l'ensemble. Signalons ce fait notable : Pikine a la particularité, bien qu'étant un quartier spontané, de ne pas être forcément le plus pauvre de Saint-Louis, 15% des salariés de la ville y logent. La principale difficulté réside dans la pauvreté des équipements collectifs : une seule voie, la voie Angle Tall est carrossable, et de nombreuses zones ne sont reliées ni au réseau de l'eau, ni à celui de l'électricité. Cette situation urbaine et foncière a conduit les pouvoirs publics à mettre en œuvre un programme de réhabilitation autour de deux axes : une régularisation foncière et une amélioration des conditions de logement. Ces nouvelles politiques ont posé des questions juridiques qui ont mis en jeu l'efficacité des opérations étatiques face aux pratiques développées par les populations. La décision de réaménager le quartier en concertation avec les populations peut se comprendre comme une conséquence des difficultés auxquelles l'État était confronté dans la gestion du sol urbain.

¹³⁶ BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 338.

¹³⁷ Auteur ? *Les extensions de Saint-Louis, l'exemple de Pikine*, Dakar, Université Cheikh Anta Diop, département des sciences humaines, mémoire de maîtrise, 1987, p. 28. **Voir le titre foncier en Annexe XXIV.**

¹³⁸ Ministère de l'Urbanisme, de l'habitat et de l'environnement, Ville de Saint-Louis : lotissement et zones d'extension, marché n° 023/c/62FM, DUA/Bureau d'Étude Assane Diouf du 11 juin 1979.

En 1975, le Schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme (SDAU) envisage de recourir à l'extension de la voirie et des réseaux d'eau, d'électricité et de téléphone. Le SDAU s'inspire du projet élaboré par le bureau d'étude Assane Diouf avec lequel la direction de l'Urbanisme et de l'Architecture (DUA) a contracté pour obtenir des propositions d'aménagement dans le cadre du plan spécial de développement de la ville de Saint-Louis¹³⁹. Le projet, tenant d'un "urbanisme réaliste et réalisable", répertorie quatre types d'actions : "*restructurer le dense et l'anarchique sans déguerpir, remettre en ordre les zones loties sommairement, aménager immédiatement les zones exondées, rendre habitables les zones inondables*". Le quartier de Pikine n'étant pas, par nature, homogène, il est concerné par ces différentes opérations. La restructuration est d'autant plus délicate que l'habitat est en dur et que la méthode de déguerpissement est moins utilisée. De plus, un aménagement autour du marigot central dont les travaux de remblaiement, projet plus lourd et plus coûteux, est prévu à moyen terme. Ces remarques, liées à la durée des politiques engagées, posent la question de la relation entre "temps et droit", elles renvoient à la nature des réformes politiques engagées, de plus ou moins grande ampleur, ponctuelles pour parer au plus urgent, ou nécessitant des investissements plus en profondeur. Outre les difficultés propres à l'aménagement du site, celles-ci doivent être considérées concomitamment à celles liées aux litiges juridiques sur les sols.

2) Les litiges nés des différents régimes fonciers appliqués à Saint-Louis

Dans la ville, les vestiges des différents régimes fonciers coloniaux se perçoivent surtout au travers des litiges nés des situations que créent les articles 3 et 14 de la loi sur le domaine national du 17 juin 1964.

Les parcelles du sol sénégalais, appropriées de façon privative, dans le sens du Code civil, se situent principalement dans les zones urbaines, Dakar, Saint-Louis, Gorée et dans les escales de la ligne de chemin de fer Dakar/Saint-Louis. Avant l'indépendance, le régime fondé sur le droit de propriété individuelle est constitué de deux branches¹⁴⁰. La première renvoie au régime dit "hypothécaire" qui consiste en l'application de la publicité des droits fonciers régis conformément aux dispositions du Code civil introduit au Sénégal en 1830. Ce régime procède à

¹³⁹ Ministère de l'Urbanisme de l'habitat et de l'environnement, *ibidem*.

¹⁴⁰ "*Quant aux droits de propriété conservés par la transcription, il n'en subsiste un nombre important qu'à Saint-Louis, Rufisque et Gorée (80% des immeubles en 1952), à Dakar il n'y en a plus guère que 5%, les autres étant immatriculés et les notaires engageant leurs clients à changer de régime et souhaitant au surplus que ce transfert soit rendu obligatoire.*" DOUBLIER, *Le régime dit du code civil*, p. 65 et ss., cité par DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, 2001, document polycopié de l'UMR "Dynamiques du droit", 1220p, p. 1013.

une identification des immeubles, il n'est pas constitutif de droits qu'il ne fait que reconnaître sous forme officielle. C'est pourquoi en 1906 est introduit le régime de l'immatriculation pour sécuriser les transactions immobilières. La loi relative au domaine national en 1964 et le Code du domaine de l'État en 1976 instituent une refonte du régime domanial qui a des répercussions sur le régime foncier sénégalais. Dans la perspective d'unifier les différents régimes, les deux lois, outre d'organiser le domaine national et les domaines de l'État, mettent en place des mécanismes de transformation et de régularisation des droits, pendant une période de transition. Ces procédures concernent deux types de droit, décrits dans les articles 3 et 14 de la loi.

Les droits traditionnels ne rentrant dans aucune des catégories visées par l'article premier de la loi de 1964¹⁴¹, deviennent partie intégrante du domaine national. Même si l'article 3 de la loi octroie le droit de requérir l'immatriculation aux personnes occupant de façon stable les terrains du domaine national en vertu de droits traditionnels, le législateur de 1964 réserve à ces droits une issue en contradiction avec les discours de l'époque qui prônent pourtant le retour à la "*tradition négro-africaine*."¹⁴² En effet, outre que les droits traditionnels ne sont pas reconnus en eux-mêmes dans les zones urbaines, le délai imparti pour leur reconnaissance est bref. Au-delà d'un délai de six mois qui commence à courir après la publication du décret d'application, les terrains sont inclus dans le domaine national. Ce qui advint dans la plupart des cas. Pour certains auteurs, la brièveté du délai s'explique par la volonté de ne pas exposer l'État aux coûts qu'auraient engendré les procédures d'expropriation des terrains nécessaires à la réalisation de grands projets d'aménagement qui se trouvaient en zones régies par les droits traditionnels¹⁴³.

La loi organise le même type de transformation pour les propriétaires d'immeubles du régime dit "hypothécaire". L'article 14 leur permet pendant deux années d'immatriculer leur terrain qui, à défaut, pourra être incorporé dans le domaine national. Le décret à compter duquel les délais commençaient à courir a été publié rapidement, le 29 août 1964. Ainsi, en principe, le 29 août 1966, la phase transitoire de deux ans était achevée et la situation foncière devait être stabilisée. C'était ne pas prendre en considération le peu d'habitude des particuliers d'enclencher une procédure et surestimer la rapidité des services domaniaux qui furent confrontés à des situations

¹⁴¹ Pour mémoire, selon l'article 1 de la loi sur le domaine national du 17 juin 1964, constituent de plein droit le domaine national, toutes les terres "*non-classées dans le domaine public, non-immatriculées et n'ayant pas fait l'objet d'un acte transcrit constitutif ou déclaratif d'un droit de propriété, ne faisant pas l'objet d'une procédure d'immatriculation au nom d'une personne autre que l'État.*"

¹⁴² MOLEUR Bernard, "Tradition et loi relative au domaine national (Sénégal)", *Droit et cultures*, n° 3, 1982, p. 27-59, p. 32.

¹⁴³ CAVERIVIERE Monique et DEBENE Marc, *Le droit foncier sénégalais*, Paris : Berger Levrault, coll. Mondes en devenir, 1988, 321p, p. 48.

bien plus inextricables qu'ils ne l'avaient pensé. L'immatriculation était accordée sur présentation d'une preuve de la propriété ou de la détention de droits traditionnels. Pour ces derniers, la constatation pouvait faire l'objet de nombreuses contestations dont le bien-fondé était difficilement appréciable et pour la procédure de l'article 14, le nombre important de membres d'une même famille, leur éparpillement au Sénégal ou à l'étranger et la complexité des droits de succession rendaient la recherche de preuve possible mais bien plus longue que le délai imparti de deux ans. De fait, certains terrains anciennement régis par le Code civil, n'ont pas toujours de situation juridique claire et précise : censés relever du domaine national, ils n'y ont parfois pas été incorporés par un acte officiel. L'arrêté du 26 mai 1970 déjà cité¹⁴⁴ a essayé de clarifier et de résoudre les difficultés posées par le "droit de transition" aux détenteurs de ces types de droits dans les zones urbaines. La solution a consisté en une immatriculation au nom de l'État qui devait concéder ensuite des droits réels prévus par le Code du domaine de 1976¹⁴⁵. A côté de ce domaine dont les contours sont en partie stabilisés, émerge un nouveau domaine investi par les particuliers, sans doute voué à croître progressivement. Il a pour origine la loi 87-11 qui généralise la possibilité d'aliéner les terrains à vocation d'habitation en zones urbaines du domaine privé de l'État. A Saint-Louis, certains particuliers y ont déjà porté quelque intérêt ; mais, dans le cadre de la politique de lotissement et de restructuration menée par l'État, tout porte à croire que cet intérêt sera grandissant. Cependant, cet intérêt ne peut être envisagé qu'à la condition que les opérations d'aménagement initiées par l'État soient perçues comme acceptables et légitimes par les habitants.

B : Résistances des pratiques juridiques face au réaménagement par l'État

La situation juridique de Pikine place l'État dans une situation paradoxale. Le quartier n'est pas reconnu officiellement par l'État, la plupart des occupants n'étant pas en possession d'un titre régulier de propriété ou d'occupation. Pourtant, le quartier résiste, et la décision de le réaménager en concertation avec les populations a été prise. Comment s'explique cette position ? Michel Prouzet a analysé les différents niveaux de dégradation de la maîtrise du sol par l'État au regard des types juridiques d'occupation dans différentes villes africaines ; il observe que plus la situation est illégale, plus l'État rencontre des résistances, alors que face à des titulaires de titres

¹⁴⁴ Arrêté n° 6-288 du 26 mai 1970 relatif aux demandes d'autorisation de construire dans les zones urbaines sur des terrains faisant partie du domaine national.

¹⁴⁵ Le Code du domaine de 1976 a lui aussi créé des situations juridiques indécises. Elles concernent les détenteurs de titres visés à l'article 59 du Code qui, s'ils n'ont pas régularisé leur situation dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur du précédent Code, voient leurs terrains susceptibles d'être incorporés au domaine privé de l'État. Selon les observateurs, interrogés à Saint-Louis sur cette question, certains terrains de Saint-Louis n'ont en effet pas encore de statut juridique définitif et continuent d'être régis par ce droit transitoire qui se prolonge.

fonciers réguliers, il n'éprouve aucune difficulté à reprendre possession de terrains qu'il a lui-même attribués¹⁴⁶. Il nous importe de présenter comment se comportent les populations urbaines dans une situation juridique précaire dont elles perçoivent les conséquences. Leurs pratiques traduisent le souci et la volonté de s'insérer dans le tissu urbain (1), attitudes qui ont finalement été prises en compte dans l'aménagement étatique (2).

1) Processus de réappropriation du droit de l'urbanisme par les populations

A Pikine, l'illégalité de l'occupation place l'État hors des procédures juridiques habituelles dont il est le maître et le met dans une situation relativement moins "confortable". Ainsi, même si l'État peut toujours, théoriquement, en dernière instance, recourir à la force, le "fait social illégal" peut néanmoins défier le droit positif. Dans le quartier, plusieurs éléments illustrent et expliquent les "résistances" rencontrées par l'État. En dépit d'une situation précaire, juridiquement, les habitants se comportent comme des habitants réguliers. Le paradoxe juridique de la situation de ce quartier réside dans le fait que, toutes spontanées et illégales qu'elles soient, les modalités d'occupation du sol urbain observables ont une cohérence au regard du droit en vigueur dont elles s'inspirent. Face à cette situation, les pouvoirs publics ont dû adapter leurs stratégies d'aménagement urbain, en réponse aux nouvelles attitudes des populations.

Parmi les attitudes populaires, l'un de ces éléments concerne l'aspect même de l'habitat qui, *"fait pour durer, est tout aussi développé à Pikine que dans les autres quartiers de Saint-Louis"*¹⁴⁷. Les habitations sont construites en matériaux solides : cela a une conséquence sur l'apparence globale du quartier qui n'a pas l'aspect d'un bidonville qui serait, si ce fut le cas, davantage à la merci d'une expulsion. Alain Sinou développe cette analyse dans *Habiter à Bamako et à Saint-Louis du Sénégal*. Il constate que *"les habitants n'hésitent plus à construire en "dur" dès leur installation, malgré l'occupation précaire du sol. Par cette technique, ces citoyens signifient en fait leur volonté de rester en place, (...) au risque de perdre leur investissement en cas de déguerpissement brutal."* L'auteur commente que *"cette démarche n'est pas une innovation ; elle est une intériorisation par de nouvelles couches de populations de réglementations édictées pendant la période coloniale : ce type de construction permettait alors l'obtention d'un titre*

¹⁴⁶ PROUZET Michel et KOBÔ Pierre-Claver, "Le problème foncier en milieu péri-urbain", ROCHEGUDE Alain et VERDIER Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris : L'Harmattan/CNRS, 1986, 296p, p. 281-296.

¹⁴⁷ BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 136, p. 338.

foncier."¹⁴⁸ Outre les stratégies visant à la régularisation foncière, les modalités d'organisation de l'espace urbain tendent, elles aussi, à se rapprocher du modèle proposé et imposé par les réglementations d'urbanisme. Ainsi, à Pikine, on constate que les techniques de construction s'accompagnent de méthodes d'aménagement qui reproduisent le modèle du lotissement et ne sont pas un autre modèle d'urbanisation. Alain Sinou souligne que *"les notables se substituent à l'appareil d'État défaillant et organisent pour leur propre compte une opération de promotion foncière. La volonté de suivre ce modèle d'urbanisation met en évidence [qu'ils] ont repéré les avantages que procure cette procédure."*¹⁴⁹ Dans le cas de Pikine, les héritiers du premier propriétaire du terrain, Yérin Mbagnick, ont effectivement joué un rôle important dans la gestion et dans la production de l'espace, étant donné les carences de l'État et des collectivités locales.

Cette situation suggère à Alain Sinou que la notion même de *"quartier spontané"* doit être remise en question : *"l'espace programmé se démodélise tandis que l'espace spontané se régularise, (...) il serait plus juste de les considérer comme des zones d'occupation précaire, l'État ne les reconnaissant pas officiellement."*¹⁵⁰ Ces différents éléments relevés dans la pratique expliquent pourquoi les pouvoirs publics ont dû adapter leurs stratégies urbaines pour la restructuration du quartier de Pikine : l'évolution des représentations et des pratiques a conduit les pouvoirs publics à adapter les politiques urbaines concernant ces *"quartiers spontanés"*. D'ailleurs, dans les années 1980, Régine Bonnardel s'interrogeant sur le devenir du quartier, l'un des seuls qui permette une extension de la ville, à l'abri des inondations annuelles, regrettait qu'il ne puisse pas faire l'objet d'un lotissement régulier notamment en attribuant cette impossibilité au fait que *"la propriété foncière éminente échappe à la Commune"*¹⁵¹. La géographe avait bien cerné le fond du problème : pour le réaménagement, l'État a mis en œuvre une politique de concertation avec les populations qui, regroupées en Groupement d'Intérêt Économique (GIE), ont été sollicitées pour exprimer leurs besoins en matière d'équipements collectifs. L'éradication brutale a fait place à la restructuration concertée.

¹⁴⁸ SINOUE Alain, "Habiter à Bamako et à Saint-Louis du Sénégal", LE BRIS Émile, MARIE Alain, OSMONT Annick, SINOUE Alain, *Famille et résidence dans les villes africaines Dakar, Bamako, Saint-Louis et Lomé*, Paris : L'Harmattan, 1987, 267p, p. 71-114, p. 95.

¹⁴⁹ SINOUE Alain, *ibidem*, p. 96.

¹⁵⁰ SINOUE Alain, *ibidem*, p. 111.

¹⁵¹ BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 136, p. 338.

2) Le réaménagement en pratique

Le projet prévu pour le quartier de Pikine est identique à celui réalisé dans le quartier de Dalifort à Dakar de 1987 à 1990¹⁵². L'expérience doit être reproduite également à Bognona et Richard-Toll. Elle a pour base une méthode conçue par Christian Votz Maurice "*pour la restructuration participative de l'habitat spontané*", et est financée par une coopération sénégallo-allemande entre la Direction de l'Urbanisme et de l'Architecture (DUA) et les services techniques du ministère allemand de la Coopération (GTZ¹⁵³). A Saint-Louis, l'opération a débuté en 1996 et reproduit le déroulement mené à Dalifort en 1987. La première étape est celle du recensement qui permet de vérifier les ayants droit. Afin de mener la politique de restructuration, la déclaration d'utilité publique a permis l'expropriation des 449 hectares du titre foncier 456 et de la centaine d'ares appartenant à la SÉNÉLEC, la Société Nationale d'Électricité du Sénégal. L'immatriculation au nom de l'État n'a pas été accompagnée du paiement d'indemnités. Le décret ne fait état d'aucune indemnisation dans la mesure où "*les mises en valeur constatées [sont] le fait des bénéficiaires de la restructuration.*"¹⁵⁴ Quoique les populations aient été expropriées, il a été considéré qu'elles allaient finalement être les principales bénéficiaires, en tant qu'habitants du quartier, des réaménagements qui vont y être mis en œuvre. Cette position est discutable, il est difficile de se sentir bénéficiaire quand on est exproprié : les seuls bénéficiaires sont les habitants qui pourront rester sur place, c'est-à-dire qui pourront honorer le paiement du bail emphytéotique, ce qui n'a pas été le cas de tous les habitants du quartier donc certains ont été expulsés.

Il faut ajouter que le montant des indemnités est délicat à déterminer en raison du désaccord des héritiers de Yérém Mbagnick et des difficultés pour les identifier¹⁵⁵. L'absence d'indemnité renvoie à l'originalité de la formule adoptée. Elle consiste à réaménager les quartiers par "*planification participative*", avec les populations qui sont organisées et représentées en GIE d'ayants droit auxquels elles adhèrent pour défendre leurs intérêts et pour faire connaître leurs besoins en équipements collectifs et en infrastructures de réseaux. Lors des réunions de quartiers et de sous-quartiers, la Direction Régionale de l'Urbanisme et de l'Architecture (DRUA) assure le

¹⁵² MBENGUE Mbaye et THIONGANE Ousmane, *Restructuration et régularisation des quartiers spontanés, perspectives pour une meilleure gestion foncière urbaine*, Université Gaston Berger, Saint-Louis, 1996, Rapport de stage de maîtrise, département de droit.

¹⁵³ Les projets de la coopération technique allemande sont réalisés par la GTZ (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit). Pour les projets en cours au Sénégal voir <http://www.dakar.diplo.de/fr/gtz.html>

¹⁵⁴ Décret n° 96-1100 du 18 décembre 1996 déclarant d'utilité publique le projet de restructuration et de régularisation foncière du quartier de Pikine à Saint-Louis et prescrivant l'immatriculation, au nom de l'État, des immeubles nécessaires à sa réalisation, JORS n° 5723 du 28 décembre 1996, p. 594. **Voir Annexe XXIV.**

¹⁵⁵ Auteur ? *Les extensions de Saint-Louis, l'exemple de Pikine*, op. cit note 137, p. 30.

soutien technique en précisant les seuils minimaux d'infrastructures et les contraintes de l'aménagement. Les populations sont impliquées très étroitement dans ces choix ; cette attitude apparemment "bienveillante" peut être analysée comme une manière de faire accepter le fait qu'elles doivent participer financièrement pour pouvoir continuer à occuper des terrains qui leur appartenaient mais dont elles se sont fait exproprier. L'État sénégalais et les services allemands de coopération (GTZ) prêtent le budget de départ pour le récupérer à l'occasion de la vente des terrains que l'État aliénera en vertu de la loi 87-11¹⁵⁶ et par la passation de baux emphytéotiques que l'État délivrera au terme de la restructuration.

Cette expérience réalisée à Pikine permet, selon Annick Osmont qui commente l'opération similaire achevée dans le quartier dakarois de Dalifort, d'apprécier "*comment l'État codifie des pratiques rejetées auparavant, en se mettant lui-même en dehors ou à l'extrême limite de sa propre légalité ; elle permet aussi de voir quelles pratiques développent les bénéficiaires de la régularisation, en tant qu'acteurs individuels, mais le plus souvent collectifs.*"¹⁵⁷ Avec cet auteur, remarquons dans la continuité du thème sur les carences de l'État évoquées plus haut, que s'y ajoutent celles des collectivités locales. Que ce soit à Dakar ou à Saint-Louis, on constate l'absence de la commune qui serait pourtant un intermédiaire tout désigné entre la population dont l'habitat est "à régulariser" et l'administration centrale, agissant pour le compte de l'État. Les appels d'offres pour déterminer les entrepreneurs n'ont débuté qu'une fois le remblaiement du marigot commencé¹⁵⁸. L'objectif est de loger les 30 000 Pikinois dans un quartier restructuré et assaini. Il semble difficile d'envisager que tous pourront rester sur place. L'État prévoit de reloger certaines familles à Ngallèle : ce site est considéré comme l'emplacement idéal pour les extensions de la ville et l'État a la volonté d'y créer le second centre de Saint-Louis. En effet, les populations déplacées à l'issue du réaménagement du site de Guet Ndar se sont vues proposer,

¹⁵⁶ En termes sociaux, on doit se demander ce qu'il advient des populations les plus pauvres qui ne peuvent pas contracter un bail, ni a fortiori procéder à un achat. A cet égard, notons que lors des discussions relatives à la réforme foncière en cours au Sénégal, le non-paiement du montant du bail emphytéotique a été souligné et l'une des propositions proposées consisterait à généraliser l'autorisation d'occuper, "*le montant de la redevance étant moins élevé, il y a moins de risques d'accumulation d'arriérés.*" Communication auprès du conseil économique et social, "Le problème foncier au Sénégal", 1996, 24p, *Journal des Actes du Conseil économique et social*, 2ème session ordinaire 1996, Avis et recommandations, Dakar, août 1997, p. 21.

¹⁵⁷ OSMONT Annick, "La régularisation foncière à Dalifort (Dakar, Sénégal) ou comment se passer des communes", JAGLIN Sylvie, DUBRESSION Alain (dir), *Pouvoirs et cité d'Afrique noire. Décentralisation en questions*, Paris : Karthala, 1993, 308p, p. 47-66, p. 48.

¹⁵⁸ A ce jour, le marigot de Pikine a été remblayé et comblé ; pour lutter contre les inondations annuelles, une digue, le long du fleuve Sénégal et un chenal ont été construits. Le chenal, ouvert en 2003, permet au fleuve de s'écouler dans l'océan en traversant la Langue de Barbarie. Notons que si le chenal est efficace pour endiguer les inondations à Pikine, il a fragilisé l'écosystème de la Langue de Barbarie qui, infiltrée par les eaux, commence à s'effriter au niveau du cimetière des pêcheurs et du camp militaire. (octobre 2005). **Pour localiser les aménagements, voir le plan sur l'avenir portuaire de Saint-Louis Annexe IV.**

elles aussi, Ngallèle pour nouvel habitat. Voyons maintenant comment les acteurs ont procédé pour organiser et mettre en œuvre la réhabilitation de ce quartier maritime.

§ 2 : Droit et réaménagement : l'exemple de Guet Ndar

La nature juridique du site de Guet Ndar ne fait pas l'unanimité. Ce constat de hiatus, entre les différentes réponses apportées et les pratiques, nous a conduit à considérer ce site de Saint-Louis à la fois du point de vue des pratiques et tel qu'il est défini juridiquement, ceci en considérant que le droit tire sa légitimité non seulement de la loi censée être le reflet des aspirations de la conscience collective, mais aussi de l'application qui en est faite à partir des interprétations du droit. L'examen de chacune des hypothèses – l'appartenance au domaine public ou au domaine national – nous conduira à considérer le statut attribué au site pendant la période coloniale dont certains habitants détiennent encore les titres aujourd'hui. Ces précisions sur le statut juridique du site apportées (A), il nous sera possible de mieux comprendre quelles résistances le réaménagement a dû contourner (B).

A : Régime juridique complexe du site de Guet Ndar

A Saint-Louis, les modalités d'application des régimes du domaine national et du domaine public peuvent s'observer à Guet Ndar. Le site, entre mer et fleuve, appartient théoriquement au domaine public naturel. Cependant, dans l'esprit des Saint-Louisiens, la situation ne paraît pas si nette. Les habitants l'occupent comme ils le feraient de terrains en leur possession tandis que les professionnels du droit que nous avons rencontrés¹⁵⁹ le considèrent comme un élément du domaine national. Cette confusion est symptomatique des difficultés qui ont toujours régné pour organiser l'espace de Guet Ndar. Ces deux visions ne sont pas contradictoires, elles ont leur part de vérité dans la mesure où elles sont l'expression de deux systèmes de représentations. Les questions relatives à la nature juridique du site ne trouvent donc pas de réponses consensuelles parmi les interlocuteurs rencontrés. Chacune des réponses apportées renvoie à un certain type de représentation du droit et de l'espace. Certains le présentent comme faisant partie du domaine public fluvial ou maritime. D'autres, en revanche, l'incluent dans une zone urbaine du domaine national. Après avoir précisé les différents arguments en présence pour qualifier la nature

¹⁵⁹ Ces professionnels ont été rencontrés à la Mairie de Saint-Louis, au Bureau des domaines, des enregistrements et de conservation foncière de la ville, à la Direction Régionale de l'Urbanisme et de l'Architecture et aux services cadastraux de la région de Saint-Louis. **Pour les détails des entretiens, voir Annexe VI.**

juridique du site de Guet Ndar (1), nous examinerons le fondement du sentiment des habitants qui considèrent être sur leur terre et dans leurs droits quelque soit la nature juridique du site (2).

1) Les arguments pour qualifier la nature juridique du site

Considérer que le site de Guet Ndar appartient au domaine public pose, d'un point de vue normatif, des difficultés pratiques, car cette occupation par les populations serait alors d'emblée précaire ; mais du point de vue des représentations spatiales des habitants, habitués à occuper les rivages maritimes, cette occupation ne pose pas de problème. La qualification ou non en domaine public relève d'une construction juridique qui n'est pas endogène ; elle n'est pas une préoccupation partagée par tous les habitants, dans le quartier de Guet Ndar. En d'autres termes, la question ne se pose pas véritablement aux pêcheurs. Nous tentons néanmoins de résoudre cette question, tout en gardant à l'esprit que celle-ci relève d'une représentation du droit spécifique, pas nécessairement adaptée à toutes les situations : vouloir établir l'appartenance à telle ou telle catégorie juridique de tel ou tel terrain répond à une exigence juridique particulière, elle a sa légitimité, mais elle ne doit pas occulter qu'elle n'est pas la seule représentation juridique possible. Cependant, pour établir des relations ou des résistances entre les représentations juridiques, il est nécessaire de rendre compte de toutes les représentations en présence, y compris, même si elles ne nous paraissent pas toujours adaptées en l'espèce, celles importées de l'Occident.

Pour définir le domaine public, naturel et artificiel, la loi portant Code du domaine de l'État procède à une énumération des terrains le composant. L'article 5 définit le domaine public naturel et incorpore dans la domanialité publique "*la mer territoriale, ses rivages recouverts par la plus haute marée d'amplitude normale, et les cours d'eau navigables ou non, flottables ou non*". En appliquant ce premier élément de définition à Saint-Louis, on constate déjà l'importance de ce domaine. Il s'y trouve les deux types d'eaux : eaux salées de l'océan Atlantique et eaux douces du fleuve Sénégal et de ses affluents et bras, Jëss, Ngalam, Gorum et Lampsar. Le Code de l'eau de 1981¹⁶⁰ y ajoute lacs, sources et mares permanentes. Même si la loi 85-15 du 25 février abrogeant et remplaçant l'article 5a du Code du domaine de l'État¹⁶¹ exclut de ce domaine la mer territoriale, le domaine public naturel conserve une superficie

¹⁶⁰ Loi 81-13 du 4 mars 1981 portant Code de l'eau, JORS du 11 mars 1981, p. 412.

¹⁶¹ Loi 85-15 du 25 février 1985 abrogeant et remplaçant l'article 5.a du Code du domaine de l'État, JORS du 9 mars 1985, p. 139.

importante car s'ajoutent ce qu'on appelle "les pas géométriques". Ils concernent l'étendue de terre, plus ou moins large, selon la nature de l'eau dont elle est la rive¹⁶².

Le Code a également recours au procédé de la "liste énumérative" pour définir le domaine public artificiel ; dans son article 7, il vise les voies de circulation et l'ensemble du mobilier urbain. Cette conception technique d'aborder le domaine public n'empêche pas l'existence simultanée d'autres représentations de l'espace. A Saint-Louis, le domaine public a été, au cours de l'histoire de la ville, l'occasion de manifestations politiques et religieuses qui ont fondé certains emplacements, respectés et protégés. Ainsi, dans certains cas, le domaine public est protégé à la fois par des raisons juridiques et des raisons liées aux représentations de l'espace spécifiquement saint-louisiennes. Cette remarque nous est suggérée par la pratique de certaines croyances dans certains lieux publics ou sur les berges du fleuve¹⁶³. Elle n'implique pas la sacralité du domaine public, mais elle souligne à nouveau l'imbrication possible de représentations de natures différentes sur un même espace et les conséquences sur l'organisation de l'aménagement de cet espace.

En référence au Code du domaine de l'État de 1976, en son article 5.n, Guet Ndar est donc incorporé partiellement dans le domaine public naturel. La situation géographique du site a des conséquences sur sa nature juridique. La bande de terre sur laquelle est loti Guet Ndar est étroite et à largeur variable, selon les endroits de la Langue de Barbarie. Cela a pour effet de faire varier la superficie du domaine public. A l'endroit le plus large, 200 mètres, après avoir soustrait les 100 mètres du domaine public maritime à l'ouest et les 25 mètres du domaine public fluvial à

¹⁶² 100 m, 25 m ou 10 m, selon que les rives concernées le sont de la mer ou d'un cours d'eau, art. 5 de la loi 76-66. Introduite par le décret du 20 juillet 1900 relatif au Domaine public du Sénégal et dépendances, l'institution des "pas géométriques" pourrait, aujourd'hui, dans le Sénégal indépendant, constituer une protection du littoral contre les opérations immobilières à des fins notamment touristiques qui dégradent l'environnement. Cependant, étant donnée que cette zone est la plus convoitée pour l'aménagement des complexes touristiques qui requièrent une ouverture sur la mer, le sens des réformes envisagées s'oriente davantage vers une concession de droits plus consistants... Tourisme et protection de l'environnement font rarement bon ménage.

¹⁶³ A Saint-Louis, l'importance de l'eau sur les représentations de l'espace se manifeste par l'ensemble des rituels et offrandes accomplis dans les eaux du fleuve Sénégal pour demander la protection d'un proche ou de soi-même, la guérison ou la réalisation de certains projets. De plus, la relation particulière entretenue avec certains espaces est également illustrée par l'histoire religieuse de la ville qui s'inscrit dans quelques-uns des lieux publics de Saint-Louis. On peut évoquer par exemple, l'endroit où Cheikh Amadou Bamba fit deux *rakâa* (Les *rakâa* sont les prosternations qui constituent la prière musulmane), le 5 septembre 1895, en signe de résistance à l'ordre coloniale. Depuis, cet espace près du bâtiment de la Gouvernance, à proximité de l'actuelle place Faïdherbe, est devenu un espace "sacralisé", lieu de pèlerinage de la confrérie mouride de Saint-Louis qui commémore cet anniversaire chaque année. L'évocation de ces croyances à propos de domaine public est un exemple des relations qu'entretiennent les deux systèmes de valeur ; ceux-ci font référence à des logiques différentes qui, néanmoins, peuvent coexister et se mêler. D'ailleurs, on peut se demander si l'intérêt de classer certains terrains dans le domaine public, qui réside dans le caractère relativement protecteur de son régime, ne pourrait pas relever des deux systèmes.

l'est, existe une bande de 75 mètres du domaine national, tandis que quelques mètres plus loin, un endroit moins large appartient exclusivement au domaine public naturel. Le fait que la largeur même de la Langue de Barbarie puisse subir des variations, confirme que l'appartenance au domaine public naturel du site varie également selon la topographie et le niveau des plus hautes eaux et explique que d'autres interlocuteurs considèrent que le site est intégré dans le domaine national.

L'hypothèse de l'appartenance au domaine national est avancée par le responsable des Domaines et de la perception de la TVA au bureau des Domaines et des Enregistrements de la région de Saint-Louis¹⁶⁴. Selon lui, le site constitue une zone urbaine du domaine national depuis la loi du 17 juin 1964. Nous avons souligné plus haut les mesures prises pour régler les problèmes posés par l'occupation de ces zones. Le même responsable des Domaines observe qu'à Guet Ndar ces dispositions restent lettre morte et a constaté la "*vente irrégulière de terrains du domaine national*" entre particuliers. "*Normalement*", les contrats de vente sont signés devant un notaire, chargé de vérifier la situation du terrain de vente. Or, souvent, ce n'est pas le cas et des acheteurs "*trompés*" viennent chercher leur titre foncier au bureau des Domaines. Dans ce cas, une procédure de régularisation est mise en œuvre : en collaboration avec les services d'urbanisme, le bureau des Domaines détermine si la désaffectation du terrain appartenant au domaine national est envisageable. Le décret qui désaffecte le terrain, l'immatricule simultanément au nom de l'État. Ensuite, pour régulariser la situation de l'occupant, une autorisation d'occuper devrait être accordée, généralement sous la forme d'un bail emphytéotique. Cependant, il nous a été rapporté, au service des Domaines, que cette situation de "*vente du domaine national*" est souvent fondée sur la détention de titres accordés pendant la colonie ; c'est pourquoi la régularisation peut aboutir à la rétrocession du terrain au détenteur de l'ancien titre s'il se fait connaître afin de procéder à une vente régulière d'une propriété privée et non à la location d'un terrain du domaine national intégré dans le domaine privé de l'État. Ces hésitations juridiques sont significatives pour illustrer l'imbrication des représentations. Ainsi, à Guet Ndar, le sentiment de propriété, auquel renvoie l'immatriculation, est intégré par certains des habitants dans leurs représentations juridiques de l'espace.

¹⁶⁴ Ousmane Diouf en 1998. Voir les entretiens **Annexe VI**.

2) Les représentations des habitants relatives aux terrains occupés

Le sentiment des habitants de posséder les terres occupées prend source dans le statut accordé au site de Guet Ndar pendant la période du Comptoir, période commerciale qui prend fin au début de IInd Empire pendant lequel les différentes pratiques juridiques des acteurs amorcent le processus de contact et d'acculturation, puis, pendant la période de colonie proprement dite où nous avons vu que certains habitants ont pu accéder à la propriété, sous le régime du Code civil. Dès 1905, les habitants demandent la reconnaissance de leurs droits qui leur est d'abord refusée par l'administration. Puis, leur sont accordées des "concessions coloniales" dans le cadre des programmes de colonisation agricole. Bernard Moleur rappelle *"que peu après le traité de Ngio (conclu en 1819 avec le royaume du Waalo), un règlement fut arrêté le 15 mai 1822 pour organiser l'octroi des concessions aux colons par l'État français désormais seul maître du sol. Au terme d'une mise en valeur conforme à ses vues, l'État s'engageait à céder son droit éminent pour constituer au profit du concessionnaire un droit de propriété."*¹⁶⁵ L'arrêté du 11 mars 1865 étend cette réglementation aux Africains *"qui possèdent aujourd'hui le sol sous le régime de la coutume locale dans les territoires annexés, n'ont aucun titre régulier de propriété et il convient pour favoriser l'établissement de la propriété individuelle dans la colonie de leur donner les moyens de régulariser leur possession."*¹⁶⁶ La mise en valeur qui permet l'accession à un titre foncier consiste en milieu urbain à *"la construction d'une enceinte autour du lot et dans son remblaiement afin de protéger des inondations."*¹⁶⁷ L'administration a une grande latitude pour évaluer et reconnaître la réalité d'une mise en valeur. Ainsi, certaines concessions ont pu ne pas être suivies de l'accession à la propriété ; aujourd'hui encore, certains habitants de Guet Ndar sont en possession de certificats de concession qui n'ont pas été "transformés" en titre foncier. D'autre part, nous avons vu que les habitants de Guet Ndar ont eu la possibilité de faire immatriculer le terrain de leur habitation. Ces mesures qui permettaient plus ou moins efficacement aux habitants sénégalais l'accès à des droits similaires à ceux des Européens, s'inscrivaient dans la politique d'assimilation affichée par la France pendant cette période ; de plus, l'administration acceptait les revendications de certaines populations locales dont elle avait besoin du soutien pour se fixer dans la colonie. Mais les réglementations de 1906 et de 1932 sont telles que peu accéderont à la propriété par cette procédure. En conséquence, la diversité des

¹⁶⁵ MOLEUR Bernard, "La loi coloniale : son idéologie, ses contradictions", ROCHEGUDE Alain et VERDIER Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, op. cit. note 146, p. 79-100, p. 86.

¹⁶⁶ MOLEUR Bernard, *ibidem*, p. 86.

¹⁶⁷ POINSOT Jacqueline, SINOUE Alain et STERNADEL Jaroslav, *Les villes d'Afrique noire entre 1650 et 1960*, Paris : Orstom/ACA, 1989, 346p, p. 25.

statuts des habitants de Guet Ndar, et parfois la précarité de ceux-ci, ont compliqué le processus de réaménagement du site, initié dans les années 1960 par les autorités sénégalaises.

B : Mise en œuvre et réception des politiques de réaménagement

Dans les années qui suivent l'indépendance du Sénégal, la mise en œuvre d'un réaménagement s'impose de plus en plus, et ce, aussi bien pour les pouvoirs publics que pour les habitants de Guet Ndar. Pour l'État, un effort vers plus de clarté juridique serait le bienvenu car les baux conclus sur son domaine privé pourraient lui apporter des ressources. D'autant que la commune de Saint-Louis entreprend, dès 1967¹⁶⁸, une politique d'extension de la ville. En raison de l'insularité d'une partie du territoire communal, l'extension sur le continent a toujours été une priorité. Elle est accompagnée d'une politique de décongestionnement et d'assainissement des conditions de logement sur le site de Guet Ndar, dorénavant demandée par les habitants dont le mode de vie a changé. La plupart vivent des métiers de la pêche qui connaissent certaines modifications et ont eu des incidences sur l'habitat : "*L'essor du marché du poisson à partir de 1960, (...) les progrès de la pirogue motorisée*"¹⁶⁹ ont permis la modification de la physionomie de l'habitat et l'électrification, mais "*la question de l'assainissement et de l'adduction d'eau reste entière.*"¹⁷⁰ Le réaménagement de Guet Ndar est donc à l'ordre du jour de l'agenda politique des pouvoirs publics et une demande des habitants ; mais pas à n'importe quelles conditions. Les spécificités de ce groupe de Saint-Louisiens – activité et ancienneté d'occupation – et du site, bordé d'eau et exigu, ont rendu délicate sa mise en œuvre dans la mesure où il a fallu prendre en considération leurs représentations qui peuvent apparaître a priori comme étant peu compatibles avec les intentions de réaménagement. De fait, plusieurs projets dans différents emplacements, à Guet Ndar, sur la Langue de Barbarie sur le front de mer (1) et à l'est de la ville à Ngallèle, sur le continent (2), ont dû être envisagés pour que l'ensemble des acteurs se mettent d'accord, accord qui est le fruit d'un processus négocié, seule voie possible pour que les représentations imposées soient identifiées comme étant à l'origine de pratiques acceptables.

1) Les obstacles juridiques de l'extension du site de Guet Ndar sur la Langue de Barbarie

Dans un premier temps, le projet concerne le site de Guet Ndar lui-même. Le projet d'aménagement doit conduire à l'immatriculation du terrain au nom de l'État, puis à la délivrance

¹⁶⁸ Décret n° 67-252 du 8 mars 1967, JORS n° 3883, p. 466.

¹⁶⁹ SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales dans la pêche maritime piroguière. Conditions de travail et modes de vie des pêcheurs de Guet Ndar de Saint-Louis du Sénégal*, thèse de 3^e cycle en sociologie, Université Toulouse le Mirail, 1985, 706p, p. 500.

¹⁷⁰ SENE Abdoulaye, *ibidem*, p. 510.

de titres d'occupation constitutifs de droits réels pour les particuliers, et d'une source de revenus pour l'État. A cet égard, remarquons que chaque opération de réaménagement doit satisfaire simultanément différents intérêts : les préoccupations de sécurité foncière des habitants et les intérêts financiers de l'État. Il y a, en effet, un intérêt à agir pour l'État, mais les conditions financières d'aménagement ne satisfont pas toujours les habitants. Selon les témoignages recueillis à la mairie et au service des Domaines, ceux-ci se considèrent comme étant propriétaires en vertu de l'ancienneté de leur installation ou des titres de concessions coloniales encore en leur possession, comme nous l'avons vu, pour certains. Or, étant donné que dans les villes le rapport sacralisé à la terre ne s'exprime pas de la même façon qu'en zone rurale, on peut se demander si le sentiment de possession s'attache au droit d'usage qu'ils ont sur le bien ou au bien lui-même – en l'occurrence, une parcelle dont la vocation est d'être mise en valeur pour être habiter.

Ensuite, d'un point de vue financier, les habitants préfèrent occuper le domaine national qui permet un droit d'usage à titre gratuit en vertu de leur ancienne occupation et de la mise en valeur qui l'accompagne, et rejettent donc les projets d'aménagement proposés par l'État qui changeraient cette situation. Le rejet de tous les projets d'aménagement sur le site même s'explique parce qu'ils supposent que le terrain soit immatriculé au nom de l'État, ce qui conduirait à devoir contracter un bail à titre onéreux pour l'occuper régulièrement. En ce qui concerne la possibilité d'un lotissement sur le site, les mêmes personnes interrogées font remarquer que *"les populations n'en veulent pas, et que c'est difficile d'imposer un lotissement à des personnes qui n'en veulent pas."* Ce à quoi le responsable municipal ajoute que *"les populations ne savent pas ce qu'elles veulent."*¹⁷¹ Ainsi, sur le site même, aucun projet d'aménagement n'a abouti. La décongestion de Guet Ndar a eu lieu, mais avec la création d'extensions extérieures.

Le décongestionnement du site de Guet Ndar s'est réalisé sur la Langue de Barbarie qui offre des espaces libres et constructibles et qui a surtout l'avantage considérable, pour les populations concernées par le déplacement, d'être en contact direct avec la mer, ce qui est la moindre des exigences pour des pêcheurs. Les modalités juridiques de l'opération conduisent naturellement à la question de la qualification du terrain pour déterminer la procédure juridique conforme. L'hésitation concernant l'appartenance soit au domaine public, soit au domaine national se pose

¹⁷¹ Entretien avec Arona Ndiaye, responsable municipal de l'urbanisme. Voir les entretiens **Annexe VI**.

dans des termes moins aigus que sur le site de Guet Ndar lui-même, car les nouveaux sites choisis sont des terrains plus larges ; des difficultés peuvent néanmoins survenir en raison de la limite fixée par les eaux les plus hautes, notamment du fleuve qui connaît annuellement des crues à la saison des pluies. Par conséquent, une grande partie est incluse dans le domaine national. Pour mettre en œuvre le réaménagement, les pouvoirs publics ont immatriculé deux terrains, afin d'y construire les lotissements. L'objectif est de remédier à la surdensification des constructions à Guet Ndar, où l'on compte 1500 habitants par hectare, tout en tenant compte de l'activité de pêcheur de la plupart des habitants, spécificité qui nécessite que soit préservé un accès rapide à la mer dans le nouveau lieu d'habitat. La réussite du décongestionnement dépendait de cette condition.

Le premier projet d'extension a eu lieu à Gokhu Mbacc, au nord de Ndar Tutt¹⁷². Cet emplacement, comme le deuxième qui aura lieu au sud du cimetière musulman de bord de mer, répond à l'exigence des activités halieutiques. La procédure de déguerpissement a lieu en 1976, après le colmatage de la cuvette que constitue le site. Même si la procédure a été contestée par les intéressés, les pêcheurs ont plus de place dans le nouvel emplacement *"pour entreposer leur matériel et pour sécher le poisson."*¹⁷³ Une centaine de familles est relogée, *"ce qui [permet] de dégager une corniche fluviale qui longe le quartier de Guet Ndar."* Mais, Abdoulaye Sene poursuit et fait état de *"pratiques de malversation"* qui ont privé les personnes bénéficiaires de parcelles. Il rapporte un témoignage de l'un de ses informateurs : *"A l'origine du lotissement, les personnes déguerpies de la bordure fluviale de Guet Ndar devaient en être bénéficiaires. Si les choses s'étaient passées normalement, les déguerpies seraient toutes recasées, mais il en a été autrement ; les "responsables" du déguerpissement en ont privé leurs bénéficiaires pour revendre des parcelles. Beaucoup de personnes qui n'étaient pas concernées détiennent des parcelles alors que chacune avait droit à un lot individuel. Des bénéficiaires se sont vus obligés d'acheter leurs propres parcelles. On voit une personne détenir des dizaines de parcelles à vendre. La vente continue de nos jours et ce sont des Guetndariens, même s'ils ne sont pas*

¹⁷² Les deux quartiers sont voisins, séparés par le camp militaire Cazeilles. Ndar Tutt qui signifie le "petit Ndar", apparaît au 19^e siècle pour désengorger l'île. Gokhu Mbacc est d'abord un quartier rural au début du 20^e siècle mais son urbanisation s'accroît à la veille de l'Indépendance, par l'arrivée des pêcheurs qui ne trouvent plus à se loger à Guet Ndar. *"Il perd relativement son air villageois pour prendre ceux d'un bidonville, d'un quartier urbain spontané, qui se développe hors contrôle et en l'absence totale d'équipement. Au début des années 70, il abrite 8000 à 10 000 habitants et, sans rues tracées, offre le spectacle d'un enchevêtrement anarchique."* BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, op. cit. note 136, p. 339. **Voir localisation Annexe IV.**

¹⁷³ Régine Bonnardel précise qu'après le déguerpissement *"des familles de pêcheurs ont volontairement abandonné leur faubourg de Guet Ndar, où elles étaient à l'étroit, pour venir s'installer à Gokhu Mbacc."* Ce qui lui fait dire que *"le nouveau quartier offre l'exemple, unique à Saint-Louis, d'une bonne réussite d'extension urbaine maîtrisée, réalisée à partir d'un quartier spontané et pauvre."* BONNARDEL Régine, *ibidem*, p. 340.

pêcheurs. D'où leur viennent ces parcelles ?"¹⁷⁴ Ce témoignage confirme ce qui nous été dit au service des Domaines. Après la création de ce premier lotissement, certaines familles de Guet Ndar n'étaient pas relogées et le décongestionnement n'était pas suffisant. Un second lotissement était nécessaire. Il a eu lieu au niveau de l'hydrobase, près du port. Installés sur le domaine privé de l'État, les occupants ont reçu un "*ticket provisoire d'occupation*". Depuis, cette situation qui devait rester transitoire demeure : les régularisations par voie de bail qui devaient suivre n'ont pas eu lieu, ce qui constitue un manque à gagner pour les recettes de l'État et une précarisation de la situation d'occupation des habitants. Pour ne pas reproduire cet état de fait, lors du troisième projet de lotissement, à Ngallèle, des dispositions ont été prises pour améliorer la concertation, d'autant plus nécessaire que sur ce site il fallait prendre en considération les oppositions des populations locales, hostiles pour accueillir de nouveaux arrivants.

2) Projet hors de la Langue de Barbarie : le site "terrestre" de Ngallèle

A Ngallèle, à une dizaine de kilomètres à l'est du marigot de Khor, la régularisation a été imposée. En effet, dans ce lieu destiné à devenir un deuxième centre de la ville, les lotissements n'ont été distribués qu'après paiement de la taxe de bornage au receveur municipal et des premiers versements pour le bail emphytéotique. Le site de Ngallèle avait déjà fait l'objet de la première extension de la commune de Saint-Louis en 1967. Après l'avoir incorporé dans le périmètre communal, l'État a immatriculé ce terrain à son nom, dans l'optique d'y créer un lotissement. Ce qui a provoqué une âpre résistance de la part des populations. Peu enclines à accueillir ce genre d'opération sur leur territoire, celles-ci menaçaient tout initiateur d'un quelconque projet, de mort ou de "disparition administrative". Les faits ont confirmé ces annonces : tous les préfets ont été mutés et Amat Dansokho, Ministre de l'Habitat et de l'Urbanisme qui a signé le projet, a également perdu son portefeuille ministériel¹⁷⁵. Les résistances de ces populations font référence à leurs croyances et aux représentations de l'espace. A Ngallèle, ces représentations ont eu une influence directe et forte sur les processus de formation et d'application des réglementations relatives à l'occupation et à la gestion des sols.

Cet exemple saint-louisien s'inscrit dans le cadre plus général des croyances du Sénégal. D'autres situations illustrent les implications des représentations dans l'aménagement de l'espace. Citons, par exemple, Jean Poirier : "*Le film sénégalais Liberté 1 illustre remarquablement cette indisponibilité de la terre. Le scénario concerne les difficultés que rencontre un ingénieur*

¹⁷⁴ SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales...*, op. cit. note 169, p. 515.

¹⁷⁵ Informations recueillies lors de l'entretien avec Mary Teew Niane. Voir les entretiens **Annexe VI**.

*coopérant chargé de la réalisation d'une route ; le calcul du profil rationnel montre que la route va rencontrer un lieu sacré : c'est toute l'intrigue du film, qui repose sur l'antagonisme entre impératif technique et respect des traditions. (...) Une solution a pu être dégagée, ce qui confirme qu'il existe rarement des problèmes techniques insolubles, mais on voit comment la conception spécifique de l'espace et de la terre peut faire obstacle au changement. En ce sens, on peut dire que la dimension spatiale est "bloquée".*¹⁷⁶ Cette dernière affirmation de l'auteur (outre le titre même de sa contribution) appelle un commentaire. La nuance que l'on peut apporter, que Jean Poirier précise lui-même d'ailleurs, est que discussions et négociations permettent en définitive d'aboutir à une solution d'équilibre, dans ce cas, il n'est pas tout fait exact de dire que la situation est "bloquée". Exactement dans le même sens, pour illustrer le rôle du compromis dans la recherche de solutions et ses issues parfois inattendues, on peut évoquer l'histoire de la construction du bâtiment de la Banque de Construction de l'Afrique de l'Ouest, à Dakar¹⁷⁷. L'emplacement choisi par les ingénieurs conduisait à la destruction d'un arbre, un immense baobab. Les protestations des populations, motivées par la mise en péril de leur système de croyances, ont provoqué une concertation avec les chefs de quartiers, au terme de laquelle le site pouvait être conservé pour les travaux, mais à la condition que le bâtiment garde en lui la marque de l'arbre. Au final, la BCAO est construite et ses différents éléments figurent les branches sacrifiées.

Une situation similaire s'est produite à Ngallèle. Malgré les résistances du début, le dialogue a permis l'acceptation de nouveaux arrivants et le projet a été maintenu au même endroit. Le site a le mérite de ne pas exiger de trop importants travaux de remblaiement pour combler les poches humides. Mais, en pleine terre, ce n'est pas le lieu de prédilection pour la pêche maritime... On comprend pourquoi, à l'heure actuelle, la plupart des nouveaux habitants ne sont pas les pêcheurs de Guet Ndar, mais des membres de la coopérative d'habitat et de construction de l'université Gaston Berger, située tout près. Le président du comité de gestion de cette coopérative, Mary Teew Niane, nous a restitué comment le dialogue et la compréhension mutuelle ont permis une intégration et une entente, économique, sociale et culturelle, plus harmonieuse avec les populations originelles, d'origine peule. Ces exemples et l'application du droit pour organiser

¹⁷⁶ POIRIER Jean, "Les catégories de la pensée sauvage", *Bulletin de la société française de philosophie*, séances du 26 février 1983, t. 77, p. 79-102, p. 87. Le titre du film "Liberté 1" fait référence à un quartier de Dakar.

¹⁷⁷ La situation est rapportée par Samba Traoré à ses étudiants en droit de deuxième année, dans le cours de droit foncier qu'il a dispensé à l'Université Gaston Berger à Saint-Louis, pendant l'année universitaire 1997-1998. Notons, comme une passerelle entre nos contextes d'étude, que le thème développé dans le film sénégalais l'a également été en contexte français par le cinéaste Éric Rohmer en 1993, dans le film *L'arbre, le maire et la médiathèque* où il est fait allusion à une problématique similaire où représentations de l'espace et de la nature sont confrontées à celles du droit.

l'occupation du sol dans le quartier du Guet Ndar et de ces extensions mettent en évidence l'importance des systèmes de représentations de l'espace et leur impact sur les conceptions des droits sur le sol et donc sur la production normative et son acceptation par les populations. Cependant, ces représentations se développent dans un cadre normatif dont la logique est de faciliter l'immatriculation, qu'elle soit au nom de personnes publiques ou de quartiers ; elles sont des représentations importées qui peuvent devenir des représentations métissées des populations.

Conclusion chapitre 1 : Pluralisme juridique et représentation du droit

L'existence d'un pluralisme juridique présuppose la coexistence de différents systèmes en relation. Or, leur coexistence sur le long terme avec des relations de plus en plus étroites entre les conceptions juridiques tend-elle vers l'émergence d'un nouveau modèle ? En d'autres termes, sommes-nous en présence de la relation de deux systèmes auxquels recourent simultanément les populations ou bien d'un système unique, de type mixte ? La question de la nature du système renvoie au fonctionnement de celui-ci et à l'aptitude des populations à manier ces règles juridiques qui les concernent, non d'un point de vue théorique mais d'un point de vue pratique et quotidien : comment s'opèrent les relations de réception et d'adaptation de nouvelles techniques ? Le rôle des représentations peut nous aider à comprendre certains mécanismes et caractères du pluralisme juridique, en particulier le dynamisme et l'inventivité des solutions retenues notamment en situation de blocage. Une situation de blocage peut se produire quand apparaît une contradiction forte entre les différentes conceptions pour régler un différend. De telles situations arrivent couramment ; parfois une opposition radicale empêche tout accord et résolution pacifique du litige. Mais il peut arriver aussi que la question soit résolue au terme d'échanges, de négociations, où les parties en présence, concessions après compréhension, vont tomber d'accord. Pourquoi l'attribuer aux représentations ? Il semble qu'elles aient un rôle important dans le processus de transformation et d'adaptation des manières de considérer et de pratiquer le droit parce que les représentations elles-mêmes ne sont pas figées, leur souplesse permet leur modification et par conséquent également celle des pratiques. On peut dire que, par le biais des représentations, fondées sur un partage collectif des droits sur la terre, les populations, tout en conservant un rapport communautaire à la terre, s'adaptent aux droits, à défaut que le droit s'adapte aux populations. Cette question nous conduit aux perspectives et aux enjeux du pluralisme juridique quand il résulte de l'importation d'un modèle juridique.

L'inventivité juridique a besoin d'échange de techniques ; l'imitation et l'emprunt participent de l'enrichissement du droit. Le droit se doit en effet d'être vivant et mobile, les populations changent, leurs représentations également : l'enjeu consiste, tout en respectant les valeurs qui forgent l'identité d'un groupe, à ne pas s'enfermer et restreindre le droit dans une authenticité originelle. Ainsi, le voyage des idées ne peut être critiqué en soi ; ce qui, en revanche, peut créer débat, ce sont les motivations qui l'accompagnent. Le bénéfice de l'échange est souvent remis en cause par le déséquilibre du rapport de force et le degré de liberté dans le choix d'adopter ou non

de nouvelles conceptions et techniques juridiques. Cette liberté limitée résulte de la suprématie d'une des parties pour imposer son mode de raisonnement et ses représentations du droit.

Conclusion

Il n'y a pas de modèle juridique construit a priori. Le modèle juridique français est issu d'une culture juridique où le poids de la rationalité, de l'apport doctrinal et celui des interprétations et des pratiques conduisent finalement à l'émergence d'une certaine conception du droit. La construction étatique et l'esprit juridique correspondant ont procédé en France, de deux phénomènes très particuliers, dans le temps et dans l'espace : une réaction vive à l'encontre de l'Église catholique et une révolution dans la façon de concevoir l'ordre juridique. Le processus de construction d'un modèle juridique s'articule autour de "valeurs" et de représentations culturelles et religieuses que le détour par la période médiévale a permis de souligner. Cette donnée, qu'en France on a trop tendance à occulter, remet en cause l'universalité du Droit. Croire en la séparation du juridique et du religieux est un leurre. Ce lien fort que nous avons développé pour examiner la construction de l'État en France, explique les difficultés et les résistances rencontrées lors de la diffusion de ce modèle juridique dans des contextes culturels et religieux différents, en particulier dans la réception par les populations.

La question de l'importation de l'État et de son droit doit être lue en parallèle avec celle de l'universalité de l'État. L'État n'est pas une entité juridique aussi neutre qu'on peut se la représenter : *"Le droit n'est pas lié par nature ni à l'existence d'un État, ni à la formulation de règles, ni à la reconnaissance de sa rationalité. Les sociétés étatiques ne sont que des cas particuliers parmi d'autres."*¹ La culture occidentale se fait beaucoup d'illusions sur l'universalité de ses valeurs, ainsi que sur la perfection de ses institutions politiques, notamment la démocratie représentative, qu'elle s'obstine à prétendre imposer à tous les peuples. La culture juridique européenne n'est pas la seule concevable ; la reconnaissance de la pluralité des cultures juridiques a deux corollaires. D'une part, quoique certains traits communs soient identifiables, la culture juridique européenne n'est pas homogène ; nous pouvons suggérer les différences qui existent entre les principes du Common Law et ceux qui régissent le raisonnement juridique du droit continental d'inspiration civiliste et le rapport à l'historicité du droit : le Common Law n'a pas de date de promulgation comme peut l'avoir un Code civil. D'autre part, cette diversité repérable dans la culture juridique européenne l'est également dans les autres aires culturelles. Le manque de respect, l'incompréhension des autres cultures voire leur négation, ont laissé croire aux autorités coloniales, puis aux sociétés occidentales aujourd'hui, qu'elles pouvaient imposer

¹ ALLIOT Michel, "Anthropologie et juridique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)", *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, janvier 1983, p. 83-117, p. 86.

leur puissance politique et économique. Or, les habitants des nouvelles colonies n'ont pas attendu d'être colonisés pour ordonnancer la variété des questions à résoudre que rencontre n'importe quelle collectivité humaine, telles que celles relatives aux relations familiales, aux échanges commerciaux et bien sûr celles liées à l'occupation de la terre.

Nous avons montré comment, suite à l'importation et l'imposition d'un système juridique, les imbrications des représentations, des discours et des pratiques relatives au droit de la terre ont pu aboutir à l'élaboration d'une manière de faire et de procéder, et devenir un droit national complexe. La complexité du droit en présence résulte de la coexistence de différentes manières de concevoir le Droit, en particulier celui applicable au territoire, en d'autres termes du maintien d'une situation de pluralisme juridique sur un même espace sociétal. Le projet était de comprendre comment émerge une culture juridique, comment elle réagit et se construit au contact d'autres cultures juridiques. La démarche a permis de varier les angles de vue, les acteurs et finalement, les objets juridiques pris comme éléments de comparaison dans nos cadres d'étude. L'illustration par des contextes géographiques et politiques différents a montré que les populations confrontées à des systèmes juridiques aux conceptions éloignées des leurs, résistent par leurs pratiques ; mais cette résistance n'est pas un obstacle infranchissable pour espérer continuer à vivre ensemble sur un même territoire. A certaines conditions cependant. Dans les différents cas examinés dans notre étude – le cas du Sénégal contemporain, le sort des Amérindiens du Canada et du Québec, la situation des canadiens francophones du Québec et la reconnaissance d'une France multiculturelle –, de véritables questions sont à résoudre pour organiser des règles sociales et juridiques dans lesquelles l'ensemble des populations pourraient se retrouver et ressentir un sentiment d'appartenance à une communauté citoyenne. Les enjeux de nos trois contextes sont le reflet des enjeux du Droit contemporain.

Dans la situation sénégalaise, l'importation du modèle français pendant la colonisation a créé un contexte de pluralisme juridique. Le transfert du système étatique et celui des conceptions de la propriété a permis d'examiner les modalités de rencontre des deux systèmes juridiques. La confrontation des deux systèmes pose des questions de nature différente selon le point de vue où l'on se place : celui de l'État et des pouvoirs publics qui appliquent et/ou tentent d'imposer leur politique, ou bien celui des populations destinataires de ces politiques qui "jonglent" avec les différents droits pour survivre au jour le jour. La distinction entre État et population permet de poser plus clairement les questions qui nous intéressent mais elle ne doit pas être caricaturée en une opposition franche. Il ne faut pas perdre de vue que là aussi, il existe un décalage entre la

lettre du droit positif et son application par les fonctionnaires. Un décalage d'autant plus significatif que, nous l'avons constaté, le modèle étatique importé pendant la période coloniale² connaît lui-même des altérations dans son milieu d'origine où il n'est pas l'objet d'une application neutre et transparente comme les représentations relatives à l'organisation étatique peuvent le laisser suggérer.

Considérer d'une part, l'État, et d'autre part, les populations, nous permet cependant de distinguer différents comportements juridiques à l'égard du modèle étatique. L'utilisation de cette distinction est d'ordre méthodologique car dans les pratiques, les différents comportements sont imbriqués, parfois même dans une même personne, selon les situations auxquelles cette dernière est confrontée. Les comportements juridiques peuvent aller du mimétisme au rejet radical du modèle importé mais les règles du modèle peuvent être conciliables avec les pratiques juridiques locales. Cette situation s'observe dans les pratiques des populations qui utilisent les règles de différents ordres juridiques, les combinent et même les adaptent selon les objectifs qu'elles souhaitent atteindre comme on l'a examiné pour l'occupation de l'espace dans la ville de Saint-Louis au Sénégal. Les interprétations du droit foncier applicable au sol urbain, par les populations et les comportements liés à la construction de l'habitat ou à la manière de vivre et de faire vivre la ville sont des révélateurs précieux des représentations du droit et de l'espace, en particulier en ce qu'elles s'adaptent et sont mobiles selon les besoins des populations.

Aujourd'hui, la loi sur le domaine national de 1964 fait l'objet d'un consensus autour de son inadaptation aux réalités du Sénégal. Plus que la loi sur le domaine national, cœur de l'organisation domaniale et foncière, c'est toute la législation sur l'aménagement et l'utilisation des sols qui est discutée afin de réformer l'accès et la gestion des sols sénégalais par les populations capables de les mettre en valeur. L'enjeu est crucial pour le Sénégal car les dysfonctionnements du système foncier ont des répercussions sur toute l'économie du pays. La réforme foncière sénégalaise doit prendre en compte, simultanément, les difficultés liées à l'accès à la terre, parfois limité par le système traditionnel, pour ceux capables de le mettre en valeur, l'accès au crédit et à la sécurité des investissements, la mise en place d'une fiscalité locale et d'un cadastre rural, indispensables à une décentralisation efficace. En outre, la réforme s'inscrit dans le cadre d'une politique nationale de préservation des ressources naturelles, particulièrement

² Voir notre texte, "Réception de la pyramide dans le contexte de pluralisme juridique sénégalais", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro spécial : le droit en perspective interculturelle, sous la direction de Christoph Eberhard, 2002, n° 49, p. 137-158.

sensible dans la proximité de la zone sahélienne. Le processus de cette réforme en cours, auquel les conseillers ruraux ont été associés, s'oriente vers une disparition du domaine national. La réforme foncière sénégalaise s'inscrit dans le cadre du renforcement des compétences et des moyens attribués aux collectivités locales, seule politique qui peut donner un vrai contenu à la décentralisation. L'option mixte retenue par le Rapport final de l'Atelier national sur le projet de réforme foncière³ tend à ériger les anciens terrains du domaine national en domaine privé des collectivités locales. Celles-ci auront compétence pour affecter et désaffecter les terrains, et attribuer les terrains en propriété ou en location. Inspiré par le souci de maintenir le patrimoine national, la réforme préconise de systématiser la conclusion de baux emphytéotiques avec les particuliers qui s'engageront à mettre en valeur la parcelle. Cette modalité de la réforme si elle est poursuivie, limite l'accès à la propriété pleine et absolue, et met l'accent sur le droit d'usage. La généralisation du bail emphytéotique sur le domaine privé des communes peut être analysée comme une résistance à la généralisation de la propriété individuelle du Code civil. L'esprit de ce bail de longue durée offre une réflexion toute particulière sur le contenu de la propriété, et permet de revenir sur le rapport entre propriétaire éminent et propriétaire utile. Ce rapport est celui que nous avons développé à propos des montages juridiques féodaux, mais il continue d'être essentiel pour déterminer qui est le "propriétaire" d'un bien immobilier, et valoriser le rôle de l'usager et la mise en valeur qu'il permet.

Le bail emphytéotique, également utilisé en France, réaffirme les rôles respectifs des différents acteurs liés à la parcelle, objet de ce contrat de longue durée. Le bail emphytéotique met en œuvre une fiction juridique dans laquelle le lien entre droit et temps est essentiel pour comprendre le fonctionnement du droit de propriété. Le bail emphytéotique qui met l'accent sur la mise en valeur produite sur le bien immobilier, souligne l'importance du droit d'usage sur le domaine utile mais maintient le rôle important du droit éminent. La collectivité locale "sait" qu'en théorie, et c'est là l'essentiel, elle peut à nouveau mettre en œuvre son droit sur son domaine éminent. La temporalité entre en ligne de compte dans la mesure où pour une personne morale comme le sont les communes ou les communautés rurales sénégalaises, et pour une personne privée, comme l'est l'emphytéote, un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans n'a pas la même incidence. L'importance du caractère temporel se retrouve dans les relations de fiducie

³ L'option mixte a été retenue parmi trois possibilités parmi lesquelles une option de statu quo de maintien du domaine national et une option libérale de privatisation généralisée des terres. Séminaires d'information et de sensibilisation sur le projet de réforme foncière, rapport final de l'atelier national du 16 et 17 décembre 1999, préparé par Amadou Niang du cabinet G.T.T. Multi consult, janvier 2000, 51p et Conseil national de concertation et de coopération des ruraux (CNCR), Séminaire national des ruraux sur la réforme foncière, Dakar, 12 – 15 janvier 2004, Déclaration finale, 2p.

appliquées au Canada entre particuliers, mais également dans la relation créée entre Amérindiens et la Couronne. Les montages juridiques de la fiducie sont également fondés sur ces fictions juridiques essentielles pour la compréhension des rapports entre fiduciaires. Le fait que le bénéficiaire puisse ne pas être né ou encore que le domaine éminent appartienne à une abstraction, la Couronne, atteste de l'importance de ces fictions juridiques qui ont un réel pouvoir normatif.

La relation fiduciaire à l'égard des Amérindiens oblige la Couronne ; les provinces canadiennes n'ont pas établi le même type de relation avec les Amérindiens. Pour lier la réalité québécoise aux revendications amérindiennes, il faut avoir en tête trois thèmes, étroitement liés : l'idée d'intégrité territoriale, l'idée d'autonomie gouvernementale et la situation du Québec et des Amérindiens par rapport à l'ensemble de la fédération canadienne. La question amérindienne a partie liée avec les revendications québécoises car d'une part, la province du Québec se situe sur des territoires de souveraineté amérindienne, et d'autre part, la province a construit son discours relatif aux revendications amérindiennes dans le cadre de son argumentation pour défendre sa propre cause. Cette imbrication des revendications n'élude pas le fait que les ententes entre les différents acteurs occupant plus ou moins harmonieusement un même territoire, sont une nécessité pour renouveler le dialogue et transformer les discours sur le territoire, notamment en remettant en cause la notion de possession au profit de celle de responsabilité conjointe de l'usage de territoire et de ses ressources.

Les différentes pratiques relatives à la terre, s'expliquent par les croyances attachées à la Terre, présentes aussi bien en territoire amérindien qu'au Sénégal. "[La] *Terre est un esprit, pour ne pas dire un ensemble d'esprits. De cela il résulte, comme pour les eaux d'ailleurs, un caractère d'indisponibilité pour l'individu. Personne ne peut posséder la terre. Mais cependant, comme il faut pouvoir l'utiliser, le droit de cultures est concédé aux familles, par l'intermédiaire du Maître de la terre.*"⁴ Ainsi, même si le rapport collectif est fondateur dans les rapports à la terre, il semble excessif d'en faire une présentation absolue dans la mesure où la terre est ensuite mise en valeur à un niveau individuel. C'est pourquoi, dans la perspective de nuancer la présentation collective des droits à la terre qui relève de l'imagerie traditionnelle vue de l'Occident, mais finalement pour rendre compte, nous semble-t-il, de la complexité du réel, il nous faut ajouter que le rapport individuel existe également, même s'il ne peut émerger qu'à l'intérieur du groupe

⁴ ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali. Un aspect juridique du développement économique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 1976, 2 t., 459p, p. 1-13.

de parenté, ce que confirme Guy-Adjété Kouassigan : *"L'appartenance à une collectivité est la condition nécessaire et suffisante pour que des droits individuels puissent s'exercer sur la terre."*⁵ Ce lien entre collectif et individu rend nécessaire de ne pas enfermer les Amérindiens dans un rapport par trop classique et bloqué à la terre ; en effet, si *"le lien organique à la Terra Mater"* existe bien, il est excessif de le réduire à une relation purement spirituelle : *"il est aussi matériel et utilitaire. L'aspiration au développement économiquement fondé sur une exploitation marchande des terres traditionnelles fait également partie de l'univers autochtone contemporain qui, malgré la fixation passéiste de certains, tend à dépasser l'opposition souvent débilitante entre tradition et modernité."*⁶ Les rapports au territoire qui doivent être interprétés avec toute leur complexité, ne sont pas seuls à être différents selon les cultures juridiques. Les discours et les éventuels dialogues relatifs au territoire mettent également en jeu la différence des cultures juridiques.

Ces différences sont observables lors des processus de discussions des éventuelles réformes ou ententes avec les Amérindiens : pour résoudre un conflit ou le prévenir, le Canada et ses provinces organisent des concertations où tous les acteurs sont présents pour défendre leurs revendications. Ce processus est incontournable et permet la confrontation des différents points de vue. Cependant, il faut être conscient que ces modalités de discussion sont biaisées à la base dans le sens où la construction du discours est culturellement connotée, porteuse à la fois des représentations sur le territoire et des représentations des accords conclus auxquels les parties accordent une autorité et un sens différents. A ces différentes logiques qui posent un obstacle à la compréhension mutuelle, s'ajoute la prééminence a priori et naturelle de celui qui initie la rencontre, la formalise et mène les débats, dans le cas présent l'État fédéral canadien. Le décalage a éclaté de façon évidente lors de la remise en cause de la Convention de la Baie James : trente ans après sa conclusion en 1975, des Amérindiens Cris se déclarent floués par le contenu du contrat que les représentants de leur groupe ont signé mais auquel ils n'ont jamais adhéré. Comme tous les groupes amérindiens, les Cris ne forment pas un tout homogène et consensuel. Pour aller plus loin, le contexte idéologique qui favorise la rencontre se fait dans un discours construit par le dominant qui enferme les Amérindiens dans un statut de minorité qu'ils n'ont pas choisi et dans lequel ils ne se reconnaissent pas. Le sentiment d'appartenance aux Premières

⁵ KOUASSIGAN Guy-Adjété, *L'homme et la terre, contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris : Berger Levrault, 1966, 284p, p. 136, cité par ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali*, ibidem, p. I-112.

⁶ OTIS Ghislain, "Revendications foncières, "autochtonité", et liberté de religion au Canada", *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 4, décembre 1999, p. 741-772, p. 747.

Nations habitant ce territoire est en complète contradiction avec le statut de minorité qui instaure un rapport de force inversé.

Le positionnement identitaire est également un enjeu au Québec et se traduit par la formation d'une identité juridique particulière. L'opposition entre les différents courants historiques est l'un des traits caractéristiques de la construction de l'identité juridique québécoise. Celle-ci, pour se positionner face au monde anglo-saxon, a forgé certains éléments juridiques – le régime seigneurial et plus tard, la défense de "l'intégrité du droit civil" –, présentés comme étant sa spécificité. Même si ces symboles emblématiques sont l'objet d'une "déconstruction" théorique, par ceux qui récusent l'idéalisation du régime seigneurial ou l'intégrité du droit civil, ces débats reflètent ce que recouvre la notion de culture juridique et les représentations précises du rapport au droit au Québec. Cette vision plus critique et plus nuancée de l'histoire québécoise est nouvelle ; elle traduit un changement des mentalités dans la façon de percevoir et "construire" son passé, et donc son identité juridique. Même si elle se pose en des termes différents, la question de l'identité juridique se pose également en France, les enjeux de la France contemporaine et post-coloniale soulèvent les mêmes problèmes d'appartenance à un groupe et les rapports à la citoyenneté⁷.

Les identités, leurs interprétations et leur acceptation par les acteurs qu'ils soient amérindiens, québécois, sénégalais ou français d'origine étrangère, sont une construction qui dépend de l'Histoire et des histoires rapportées, y compris les représentations "officielles" de la réalité. Si les identités sont une représentation de soi-même et de l'autre, la représentation de cette histoire est essentielle dans ce processus. Les nouvelles lectures de l'histoire par les historiens se présentent comme plus respectueuses de l'identité de chacun donc elles ne peuvent occulter la nature de la relation coloniale : la nature de l'intention de tous les colonisateurs quels qu'ils soient est de type "*impérialiste*". "(...) [L]histoire est une lecture des événements passés, une lecture idéologique, évidemment, mais aussi une lecture culturelle. Il faut connaître la lecture que chacun fait de sa propre histoire."⁸ On n'épuise jamais toutes les combinaisons possibles, on

⁷ La III^e République a mis en œuvre une politique qui permettait de croire à l'idée de l'unité du peuple français. Le mécanisme de l'école pour tous, la loi de 1905 de séparation de l'État et de l'Église vont dans le sens de la formation d'un sentiment d'appartenance dans le creuset républicain. Cette homogénéisation volontariste mais "forcée" – c'est une construction – qui nous semble a priori porteuse d'idées généreuses et d'accueil en se donnant comme objectif de mettre tous les citoyens d'où qu'ils viennent, sur un pied d'égalité, a occulté les différences qui se révèlent quand la "machine citoyenne" s'enraye et n'est plus à même de jouer son rôle d'harmonisateur.

⁸ VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones : trois décennies de rapports politiques", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes, Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, 228p, p. 116-125, p. 116-117.

invoque seulement des morceaux choisis. La possibilité du choix dans les bribes historiques, selon l'angle de vue et ses finalités, est infinie. Des colonisations et des guerres, on ne connaît souvent qu'une partie de l'histoire, reçue sans discussion, et parfois sans esprit critique, notamment par les écoliers ; or, il est important d'enseigner et plus généralement de travailler à une transmission de sa propre histoire, confrontée à l'histoire de l'autre⁹. Ce travail collectif de chaque société correspond à un devoir d'histoire nécessaire en raison des mémoires éclatées qui s'ignorent, ne se rencontrent pas jusqu'à l'affrontement.

Nos développements laissent apparaître la concurrence de deux légitimités juridiques : les droits originaires et les droits issus de la pensée occidentale. Cette concurrence est à l'origine de nombreux blocages institutionnels où deux logiques s'affrontent. Éclaircir la teneur de ces oppositions a été une première étape pour envisager comment les parties au litige peuvent avancer et trouver des accords pour continuer à vivre ensemble. D'un point de vue théorique, on pourrait s'interroger sur la possibilité de l'émergence d'un troisième système juridique, sorte de métissage des deux autres ; mais en fait, d'un point de vue pratique, il s'agit davantage de comprendre comment ces systèmes s'imbriquent, s'organisent pour finalement trouver un certain équilibre, dans la mesure où le pluralisme juridique est un état en permanente mutation, qui se construit au gré des situations rencontrées par les populations. Après les processus de diffusion d'un modèle qui passe simultanément par les phases d'imposition et de réception par les populations, la transformation peut-elle s'accompagner de l'élaboration de nouveaux modèles ? La boucle est-elle refermée par l'émergence d'une nouvelle culture juridique ? Répondre à cette question implique de considérer à la fois le droit, tel qu'il est, tel qu'il devrait être, tel qu'il est vécu et perçu par les populations et leur gouvernement.

Après analyse des phénomènes d'appropriation du droit importé par les populations, amérindiennes en ce qui concerne l'utilisation de la voie judiciaire pour la reconnaissance de leurs droits territoriaux, et sénégalaises pour ce qui est des logiques d'aménagement urbain liées à l'accession à la propriété, peut-on parler d'hybridation ou bien d'instrumentalisation du droit ? Il importe de s'interroger sur la perception qu'en ont les différents acteurs, usagers et gouvernants. Pour comprendre les dynamiques du Droit en contexte de pluralisme juridique, il faut se

⁹ La "rencontre des Histoires" nous évoque l'expérience qui a vu le jour début 2004 dans les écoles israéliennes et palestiniennes : celle de professeurs d'histoire israéliens et palestiniens qui ont élaboré un ouvrage retraçant les deux visions des événements historiques, une page en hébreu, une page en arabe. *Histoire de l'autre*, Editions Liana Levi, 2004, 95p. Recourant à d'autres modalités, l'expérience de la Commission "Vérités et réconciliation" mise en place en Afrique du Sud, va dans le même sens, et a toute sa légitimité dans les pays aux Histoires déchirées, parmi ceux-ci, pensons à l'Argentine, au Chili, à l'Algérie, à la Côte d'Ivoire ou à l'Irak.

représenter le Droit comme un système de représentations où celles-ci varient, avec un effet kaléidoscopique, selon les individus, leur parcours et les situations auxquelles ils sont confrontés dans leur vie juridique quotidienne. Le lien établi entre manière d'être et manière de faire a permis d'établir la relation et les influences complexes entre représentations individuelles et collectives. L'addition ne suffit pas, il manque une synergie qui amalgame le tout. La mutation des montages juridiques et leur grande diversité s'expliquent par la relation entretenue entre représentations et pratiques. La visée pratique des représentations a plusieurs conséquences. Pour l'acteur, la représentation est aussitôt utilisée pour savoir se comporter dans son groupe et en être accepté. Ce qui explique que pour le chercheur, d'une part, les représentations sont fondamentales pour comprendre les pratiques, d'autre part, celles-ci sont les seuls vecteurs pour accéder à ces mêmes représentations. Ce constat est important pour la méthodologie des recherches ; pour que ne soit pas brouillé par nos catégories de pensée et nos propres représentations, le discours de l'autre, la meilleure voie est l'observation, patiente, sur le long terme, idéalement sans questionnement direct qui risquerait un rapprochement artificiel avec son propre univers.

Les phénomènes de métissage juridique que l'on observe sont complexes et diversifiés. Ils se manifestent par une attitude de résistance au droit écrit qui s'opposerait au droit traditionnel ou par une attitude d'assimilation du droit imposé par les pratiques sociales. Pour comprendre les pratiques mixtes des populations, il faut sortir du clivage entre droit traditionnel et droit écrit importé par la colonisation. Par exemple, s'il est peut-être exact de dire que les pratiques sont moins imprégnées de ces croyances au Sénégal, celles-ci sont encore souvent évoquées. Cette apparente opposition est surtout présente parmi la population jeune qui, tout en déclarant vouloir "résister" à certaines croyances traditionnelles, en est pourtant imprégnée et respecte le comportement que l'on se doit d'adopter, par exemple devant les espaces sacrés. L'existence de l'"espace sacré" à Saint-Louis ou plus exactement d'un espace représenté comme étant sacré, est avérée par les pratiques des habitants. Il est difficile de faire la part entre l'occidentalisation des sociétés anciennement colonisées qui conduit à l'uniformisation des valeurs économiques et culturelles, et la simple ouverture sur le monde, compréhensible et légitime. Par exemple, considérons la situation des habitants du grand Nord canadien : *"Les Inuinnait vivent aujourd'hui non pas entre deux mondes mais dans deux mondes – le territoire et le village –, non pas simultanément mais successivement, dans un balancement que nous, réagissant avec nos valeurs occidentales, pensons déstabilisant, mais qu'eux-mêmes considèrent comme la meilleure conduite possible. "Sur le territoire, quand nous chassons et campons, nous sommes les*

Inuinnaït. Et puis, nous rentrons au village, où nous devenons des Blancs."¹⁰ Ce témoignage illustre la difficulté d'interpréter la complexité des comportements et le sens de l'action de l'autre, mais donne la mesure de "l'impuissance à imaginer l'Autre. (Alors on) s'aveugle, l'ignore et le nie, ou bien (on) le transforme en (soi-même.) (...) Parfois – rarement – l'Autre se dévoile irréductiblement."¹¹ Il ne s'agit alors pas de nécessairement le comprendre, seulement le respecter et l'accepter dans sa différence, certes, mais également dans sa complexité : l'autre n'est pas fait seulement d'altérité, on peut s'y identifier, sa complexité naît du fait qu'il est riche de plusieurs cultures dont il utilise les éléments selon les moments.

L'universalisation des pratiques est considérée comme un dommage ; en fait, parce que cette universalisation est une occidentalisation des pratiques et qu'elle s'est traduite et est interprétée comme une déculturation. Ce constat pose la question de l'emprise sur les esprits d'un ordre de valeurs mais aussi celle du conformisme et du confort des individus qui l'adoptent en masse. Peut-on et doit-on même empêcher raisonnablement ce phénomène ? Il semble que non, d'une part, pour des raisons pratiques, en raison de la puissance de leur médiatisation, les modèles circulant librement, il est difficile de freiner leur propagation et l'attrait qu'ils suscitent, d'autre part, et de façon tout à fait essentielle, parce qu'il est difficile de mettre fin à un processus que les puissances occidentales ont elles-mêmes initié lors de leurs politiques coloniales : comment, en effet, interdire à des populations entières ce que l'Occident s'est autorisé ?

Cependant, l'universalisation apparente des pratiques juridiques n'équivaut pas à la légitimation du droit exogène, ou plus exactement à son intériorisation par les populations. Le passage dans les pratiques d'une norme juridique nouvelle ne signifie pas sa légitimation, mais peut être seulement ressentie comme un moyen utilitariste de mettre en place une stratégie individuelle. Cet aspect utilitariste diminue la portée de l'acceptation du droit. Ce montage juridique est artificiel, l'apparence d'un fonctionnement fluide masque des blocages et des résistances qui ont de fortes chances de ressurgir violemment après coup, à l'occasion d'une situation conjoncturelle "prétexte". Concrètement, la difficulté de mettre en œuvre une politique cohérente et acceptable à l'échelle mondiale correspond au déficit de légitimité et d'équité dans le processus de prise de décision dans les affaires internationales dont les structures inadaptées ne favorisent pas la communication et la confiance mutuelle.

¹⁰ COLLIGNON Béatrice, *Les Inuit. Ce qu'ils savent du territoire*, Paris : L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1996, 254p, p. 207.

¹¹ BARTHES Roland, *Mythologies*, Paris : Seuil, 1957, 247p. p. 239-240.

Mise en perspective : entre droit mondial et droit local

Les questions soulevées par le droit et la gestion de la terre montrent de manière particulièrement nette que la terre est attachée à un droit local, le droit de la terre et des populations qui en vivent. Le droit de la terre, parmi d'autres perspectives juridiques que nous suggérons, souligne les limites de la mondialisation du droit. Le droit relatif au territoire ne peut être mondialisé car sa gestion est éminemment locale ; cela n'empêche pas une diversité des niveaux de gouvernance¹² car le droit de la Terre, au sens du droit de la Planète, lui, exige d'être mondialisé.

Certains biens peuvent et doivent être gérés à une échelle territoriale plus grande, régionale ou mondiale, pour une protection plus efficace. Ces biens qu'ils soient des éléments vitaux comme l'accès à une eau potable et à un air propre, ou des services comme l'accès à l'éducation, aux soins ou à la sécurité collective sont qualifiés de biens publics mondiaux. Ces biens dont "*les avantages ne sont pas limités à un seul pays, à une seule génération ou à un seul groupe socio-économique de population*"¹³, doivent être gérés par des mécanismes non marchands : pour éviter les crises d'envergure mondiale, ils doivent être protégés, sans en être complètement exclus, des logiques du marché privé qui ne peut assurer à lui seul une quantité suffisante de ces biens. L'enjeu consiste à tendre vers un équilibre entre une certaine homogénéisation des techniques juridiques concernant la production, la protection et l'accès équitable à ces biens, tout en préservant les manières de penser et de pratiquer le droit au quotidien, au niveau local. Le régime juridique de ces biens doit faire partie intégrante du processus national d'élaboration des politiques pour prétendre acquérir un certain niveau d'efficacité à l'échelle mondiale. L'exemple des biens publics mondiaux illustre toute la complexité des enjeux du droit aujourd'hui, tant dans sa production que dans son application. Il ne s'agit pas de choisir entre une perception globale et une application locale, mais de combiner les deux, selon les cas et selon l'échelle territoriale la plus pertinente et la plus efficace en termes de reconnaissance par les sociétés. Les visions globale et locale ne peuvent être dissociées ; leur imbrication s'explique par la force de la relation entretenue entre la légitimité du droit et la dimension territoriale. Notre travail n'a cessé de

¹² Au début des années 1990, dans le contexte de l'échec des plans d'ajustement structurel des pays dits en développement, la Banque mondiale prône une "bonne gouvernance" dans la manière de gérer les ressources économiques et sociales d'un pays. Dans ce contexte, la gouvernance peut être traduite comme une reformulation du rôle de l'État dont il est prôné une réforme du mode d'action. La gouvernance se caractérise par la pluralité des acteurs en jeu dans le processus décisionnel et dans la mise en œuvre du résultat des négociations. Voir BARON Catherine, "La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique", *Droit et Société*, n° 54, 2003, p. 329-351, p. 338-339.

¹³ KAUL Inge, GRUMBERG Isabelle et STERN Marc A. (dir.), *Biens publics mondiaux. La coopération internationale au XXI^e siècle*, Economica, 2002, 272p, p. 4.

présenter l'importance de cette relation, mais au terme de notre cheminement, il est essentiel de la souligner une nouvelle fois, notamment pour discuter la notion de ce que pourrait être un "droit mondial", notion qui nous paraît, en jouant avec l'étymologie du terme, sinon "u-topique" et "illusoire" voire non "souhaitable"¹⁴.

La confirmation que les conceptions occidentales du droit ne sont pas universelles et comme corollaire, la reconnaissance de cultures juridiques différentes dans toute leur complexité vont à l'encontre des discours qui prônent une uniformisation du droit. L'universalité du phénomène juridique n'empêche pas la diversité des manifestations et des modalités de ce phénomène, c'est-à-dire la reconnaissance de la diversité des cultures juridiques. La légitimité de la production normative réintroduit la notion de représentation politique, au sens où la légitimité du droit a partie liée avec le lien entre majorité politique, donc juridique, et minorité. *"L'exercice (du) pouvoir est dominé par la loi de la majorité à laquelle nous sommes tant habitués que nous ne voyons plus combien il est étrange de prétendre provoquer une obéissance unanime en recourant à une règle qui loin de viser à convaincre ne cherche qu'à mesurer l'importance respective des avis divergents. Sauf exceptions remarquables, nous oublions combien il est traumatisant de se soumettre sans être convaincu."*¹⁵ Cela pose la question du processus qui concourt à rendre légitimes des lois votées par une majorité¹⁶. Nous retrouvons le rôle essentiel des représentations, comprises dans tous les sens du terme, dans la construction de la légitimité du droit ; non seulement la représentation comprise dans son sens sociologique, les représentations que l'on se fait du droit comme nous l'avons présenté tout au long de notre travail, mais également la représentation au sens constitutionnel et politique du terme quand il s'agit de construire une majorité parlementaire représentant les populations dans un territoire, qu'il soit reconnu comme État ou non. Mais la question de légitimité du droit se pose d'une toute autre manière lorsque les mécanismes de représentations politiques classiques (c'est-à-dire occidentales...) ne fonctionnent plus ou, comme dans les cas de régulation juridique à l'échelle mondiale, ne sont pas reconnus unanimement.

¹⁴ DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris : Seuil, 1998, 201p, De l'introduction "l'illusion mondialiste" au chapitre "Est-ce raisonnable ?", l'auteur discute les conditions de réalisation d'un "droit mondial et unitaire". Comme l'auteur le suggère, le "rêve" d'un droit unique n'est-il pas plutôt un "cauchemar" ? p. 7-12 et 135-197.

¹⁵ DOUGLAS Mary (préface Georges Balandier), *Comment pensent les institutions*, Paris : La Découverte/MAUSS, coll. Recherches, série Bibliothèque du MAUSS, 1999 (1^{er} éd. 1986), 180p, p. 95.

¹⁶ HABERMAS Jürgen, "L'idée d'État de droit", *Droit et morale*, Paris : Seuil, coll. Traces écrites, Tanner lecture 1986, 1997, 92p, p. 57-92, p. 87.

Le lien entre territorialité et droit est établi d'autant plus que le discours actuel sur l'a-territorialité croissante du droit exige de nouvelles façons d'appréhender et de penser un éventuel et hypothétique droit mondial qui n'a pas de légitimité car pas d'enracinement territorial local¹⁷. Les enjeux juridiques de la relation entre local et global se situent tant au moment de la production qu'à celui de l'application du droit. Il est question d'adaptation et d'articulation entre plusieurs échelles juridiques et spatiales. Autrement dit, ce jeu d'échelles de droit exige du juriste de réformer sa vision du droit : les schémas traditionnels ne sont plus suffisants ; la complexité des questions de droit émane d'une part, de la combinaison des différentes échelles territoriales, d'autre part, au niveau de chacune de ces échelles, de la diversité des acteurs et donc de celle de leurs revendications respectives, liées à une complexité croissante des sociétés. Aux acteurs et à la dimension spatiale s'ajoute un facteur lié aux échelles temporelles qui résultent des différentes durées des actions juridiques. L'imbrication de ces différentes dimensions nécessite d'actualiser la fonction et le rôle du droit contemporain et pourquoi pas le rôle des juristes. Les nouvelles formes du droit, la forte implication de ses dimensions temporelle et territoriale sur la responsabilité juridique sont accompagnées de nouveaux discours sur le droit vu d'Occident : pour répondre aux nouvelles exigences du droit, le modèle en réseau, la régulation et les modalités de ce qu'on appelle la "gouvernance", tentent de pallier les déficiences grandissantes des formes juridiques de l'État traditionnel. Que peut-on attendre de ces nouvelles représentations du droit et façons d'organiser nos sociétés humaines ?

La recherche d'un nouveau paradigme juridique qui consiste à passer d'une vision pyramidale du droit dont nous avons fait état dans notre travail, à une perception du droit en réseau¹⁸ où la régulation s'impose face à la réglementation, atteste de la perte d'efficacité du modèle de l'État tel que perçu actuellement en Occident. En effet, l'État, dans son fonctionnement normatif, rencontre des difficultés face aux mutations contemporaines. Le réseau est un outil séduisant pour comprendre et prendre en compte la transformation des relations juridiques et des droits contemporains, cependant si le réseau est considéré comme l'ensemble des relations juridiques existant dans un cadre légal mais en dehors du cadre institutionnel stricto sensu, ce phénomène est bien antérieur à la conception pyramidale qui renvoie à la centralisation d'une structure politique, l'État, qui n'a émergé qu'à partir du 13^e siècle en Europe occidentale. Finalement, la

¹⁷ Pour une illustration des enjeux de la mondialisation du droit et son application locale sur les questions de justice pénale internationale, voir LIWERANT O. Sara, *L'aporie du droit face à la logique meurtrière des crimes contre l'humanité et des génocides. Approches criminologique et anthropologique*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris-X Nanterre, 2004, 627p.

¹⁸ OST François, van de KERCHOVE Michel, "De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques* ?", n° 44, p. 1-82.

souplesse des relations en réseau continue d'être présente dans les relations juridiques comme elles l'ont toujours été autour et à l'intérieur de la pyramide ; c'est le discours sur ces formes juridiques qui est davantage audible. D'ailleurs, le réseau est proche par l'esprit de la notion de régulation qui pose, elle aussi, des problèmes liés à la responsabilité.

La notion de régulation, en opposition à celle de réglementation, déroute les juristes peu habitués à manipuler des concepts qu'ils jugent par trop imprécis et aléatoires. La difficulté de reconnaître la régulation en France est liée au rapport entretenu entre droit et sanction infligée par l'État : *"une normativité non sanctionnée ou sanctionnée par d'autres instances que l'État ne constituerait donc pas du droit."*¹⁹ La régulation atteste le besoin voire la nécessité de mettre en place de nouvelles modalités, hors l'État, pour décider, gérer et résoudre les conflits. Ces nouvelles autorités administratives indépendantes de régulation participent du mouvement de décentralisation qu'il soit politico-juridique ou économique et dont la finalité et les modalités sont très proches de celle de la gouvernance. Celle-ci notamment définie par le PNUD en 1998 comme étant *"l'action des autorités économiques, politiques et administratives pour gérer les affaires d'un pays à tous les niveaux (...), ce qui comprend les mécanismes, processus et institutions à travers lesquels les citoyens et les groupes articulent leurs intérêts, exercent leurs droits légaux, remplissent leurs obligations et apaisent leurs différences."*²⁰ L'adoption accrue de logiques relevant de la régulation pour la mise en œuvre de la gouvernance sur le terrain, ne résout pas réellement les questions relatives à la responsabilité qui, elles aussi, doivent être reformulées. Au-delà des considérations relevant des politiques juridiques, la question de la responsabilité dans la gouvernance pose en effet des questions d'ordre technique et pratique pour identifier les instances habilitées à prendre les décisions. La question est difficile et continue de se poser. Paradoxalement, le phénomène de responsabilisation collective de la société, où tous seraient responsables de chacun, est concomitant du déficit d'identification des responsabilités, ce qui au final peut conduire à l'irresponsabilité généralisée. C'est pourquoi l'intégration d'une logique de co-responsabilité dans la gouvernance pourrait conduire à une coordination des actions politiques et administratives, mais cet état d'esprit exige un renouveau dans la manière de procéder. En effet, la reformulation des responsabilités implique de revoir le processus d'élaboration de la norme et le degré de contrainte de celle-ci sur un territoire donné.

¹⁹ TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, p. 171.

²⁰ Programme des Nations Unies pour le développement, *Decentralized Governance Country Thematic Assessment Framework and Guidelines*, PNUD 1998, SIMOULIN Vincent, "La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne", *Droit et Société*, n° 54, 2003, p. 307-328, p. 314.

A cet égard, une difficulté persiste concernant le rapport entre la gouvernance et sa spatialisation, c'est-à-dire l'ancrage de la gouvernance dans un territoire et donc dans son aspect localisé et concret ; à cet égard, le besoin d'identifier les gouvernances à telle ou telle échelle reflète ce souci de contextualisation des enjeux. Le droit de la gouvernance ne peut être pensé "hors-territoire" et "hors-contexte". Une précision s'impose car il ne s'agit pas seulement de dire que la gouvernance est vécue différemment selon la variété des cultures juridiques ; il s'agit de dire cela, mais d'y ajouter que la gouvernance, dans sa mise en action, ne peut être détachée d'un territoire. La gouvernance concernerait donc un territoire sur lequel une population concevrait et vivrait la gouvernance selon sa propre conception... On retrouve-là les problématiques rencontrées à propos du droit comme phénomène socio-culturel lié à un territoire et qui implique la reconnaissance de la diversité des cultures juridiques. La "gouvernance mondiale" n'est pas marquée dans un territoire dans lequel pourraient s'inscrire des mécanismes d'allégeance aux normes édictées : c'est peut être là où se situe le cœur des questions relatives à la mise en pratique de ces nouveaux types de gouvernances. Elle doit être globale en raison de l'interdépendance des sociétés, mais simultanément la mise en œuvre concrète demande de s'inscrire dans une certaine "matérialité" spatiale, ne serait-ce que pour que les individus puissent agir, mais surtout sachent sur quoi agir, d'autant que la gouvernance renvoie à des réalités aussi différentes que les questions d'aménagement de quartiers de la ville de Saint-Louis au Sénégal, l'organisation des négociations des revendications amérindiennes dans le respect des deux communautés euro-canadiennes ou l'apprentissage, lent mais indispensable, par les institutions politiques et juridiques et les populations, du caractère multiculturel de la société en France. De la même façon, que la gouvernance n'est pas neutre, les territoires sur lesquels elle est susceptible d'être mise en œuvre ne le sont pas non plus : l'espace n'est pas neutre car il est un construit social.

L'interrelation des différents niveaux caractérise la gouvernance mondiale ; par exemple, la décision de légiférer sur les questions amérindiennes a été influencée par le contexte de dénonciation de la politique canadienne à l'endroit des peuples autochtones. Le contenu de la nature des revendications des Amérindiens est propre, si elles étaient effectivement reconnues et mises en œuvre, à déstabiliser l'organisation fédérale canadienne, devenue légitime elle-aussi. Les questions ayant trait au fédéralisme dans le contexte canadien se présentent comme une voie intéressante pour saisir ce que pourrait être la gouvernance. Étudier la gouvernance, dans le cadre d'une fédération déjà constituée permet d'examiner dans quelles mesures il est possible d'organiser la vie d'entités différentes, aux revendications complexes, parfois contradictoires,

mais qui ont des intérêts à rester en relation. Ce que cherchent à faire les acteurs juridiques avec le droit au Canada et au Québec relève d'une logique assez semblable à celle qui s'opère, elle-aussi lentement et non sans difficultés, dans le contexte européen. L'Union européenne cherche aussi à s'inventer un *jus commune* qui puissent concilier d'une part, deux grandes traditions juridiques – on retrouve ici Common Law et tradition romano-canonique – d'autre part, les différentes représentations que les populations de chacun des États membres ont du droit. Ces deux défis suffisent pour illustrer l'ampleur de la tâche et tendent à nuancer, selon nous, le commentaire de Maurice Tancellin qui considère qu'"en vingt ans l'Europe occidentale est en train d'édifier un droit communautaire, par intégration. En deux siècles, le Canada n'a pas réussi à le faire."²¹ Il n'est pas si certain que, comme cet auteur semble le suggérer, pour l'Europe, l'objectif d'intégration des différentes cultures juridiques européennes soit atteint – à supposer qu'il soit même un objectif à atteindre. D'autant, que le troisième défi pour l'Europe, et auquel le Canada est confronté depuis 1867, réside dans la pratique du fédéralisme ; cette pratique peut s'avérer très difficile à accepter dans un contexte de tradition politique de centralisme juridique, tel que le connaît la France qui voit sa propre décentralisation rencontrer résistances et rejets ; une pratique du fédéralisme qui plus est, doit s'apprendre et s'organiser dans une Europe élargie à 25 membres.

Les questions autour de la gouvernance traduisent un réel besoin de transformer les processus de production normative, étant donné que l'ordre juridique mondial actuel est considéré aux yeux de nombreuses populations et gouvernements comme illégitime. Pour autant, les anciennes thématiques liées à la légitimité du droit restent essentielles : la légitimité du droit est-elle soluble dans la gouvernance ? Pour éclairer les termes de cette question, revisitons la dualité des relations entre d'une part, droit positif et droit naturel, d'autre part, légalité et légitimité et enfin gouvernance et légitimité.

Les discussions classiques entre droit positif et droit naturel peuvent nous aider à refonder en rééquilibrant le rapport entre ces deux conceptions du droit. La séparation entre droit positif et droit naturel, issue du processus de laïcisation et de légalisation, est trompeuse. Le premier est le droit applicable dans une société à un moment donné, et le second relève d'un ordre moral et éthique. Ces deux versants du phénomène juridique ne sont pas indissociables dans le sens où ils forment à eux deux une forme de normativité ; pour être légitime, le droit doit être perçu comme

²¹ TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", préface de WALTON Frederick P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto : Butterworths, 1980 (1^{er} éd. 1907), 141p, p. 1-32, p. 2.

juste. Or, pour être juste le droit doit répondre par l'affirmative aux deux registres positif et naturel. Qu'est, en effet, un droit posé et applicable sans aucune légitimité aux yeux de ceux à qui il est censé s'appliquer ? Ce n'est ni un retour en arrière, ni un dénigrement, simplement un rééquilibrage entre les deux façons de percevoir le droit. Même s'il peut s'agir d'une fiction, l'idée d'un droit juste est nécessaire pour que la croyance en sa légitimité puisse émerger. De la même manière, les termes du couple légalité/légitimité sont souvent associés respectivement à celui de juridique/politique. La séparation entre légalité et politique est présentée et voulue comme nette. Elle ne l'est pas. Comme Janus, le droit est double et contient ces deux aspects simultanément. Il y a bien évidemment du politique dans l'ordre légal, de la même façon que de manière implicite et inconsciente parfois, le juridique est bien présent dans l'ordre légitime : les procédures démocratiques de l'ordre légal participe à la construction d'un ordre légal légitime.

La recherche d'un consensus implique des concessions faites de part et d'autre, ce qui est vital dans tout groupe social, sans pour autant que tous les éléments du groupe soient convaincus. Cela renvoie au sort réservé à la minorité dans les démocraties représentatives ; elle s'incline mais n'est pas convaincue. Dans un contexte mondialisé, ce dialogue aboutit à un consensus où la colonisation des esprits continue. L'ambition bien naïve du dialogue ne peut se construire sur des bases saines, on ne peut dialoguer sainement avec ceux qu'on ne respecte pas. La question est moins de dialoguer que de se reconnaître. Se comprendre est une deuxième étape mais elle n'est finalement pas indispensable, on ne comprend jamais l'autre dans sa plénitude. Comme le sentiment qu'il est urgent de ne pas intervenir dans les affaires des autres cultures, tant l'intervention a été jusqu'à maintenant un facteur de déstructuration des cultures en place qui ont leur cohérence même si elle nous échappe. L'ensemble des décalages soulignés constitue l'un des intérêts de l'étude de la notion de culture juridique et de quelques-unes de ses manifestations. En effet, à quoi bon parler de la culture juridique, sans faire état des incidences et conséquences sur le Droit dans sa phase de production et d'application. La compréhension de ce qu'implique la culture juridique intéresse les fonctionnements et le cas échéant les dysfonctionnements du Droit.

Indications bibliographiques

Ouvrages

ADEF, *Un droit inviolable et sacré, la propriété. La propriété, deux siècles après 1789 : actes du colloque*, Paris, 13-14 novembre 1989, organisé par l'ADEF, (Association des études foncières), textes réunis et présentés par Catherine Chavelet, Paris : ADEF, 1991, 359p.

ALAIN, *Propos sur les pouvoirs. Éléments d'éthique politique*, Paris : Gallimard, 1985, 371p.

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF/Lamy, coll. Quadrige, 2003, 1649p. (notamment les entrées *Colonie, Penser par soi-même en droit, Trust*)

ALLIOT Michel, *Le droit et les services publics au miroir de l'anthropologie, textes réunis par Camille Kuyu*, Paris : Karthala, coll. Hommes et société, 2003, 400p.

AMRANI Younes et BEAUD Stéphane, *Pays de malheur ! Un jeune de cité écrit à un sociologue*, Paris : La Découverte, 2004, 233p.

ARENDT Hannah, *Du mensonge à la violence, Essais de politique contemporaine*, (titre original : *Crises of the republic*), Paris : Calmann-Levy, coll. Agora, 1972, 241p. (notamment le chapitre "La désobéissance civile" p. 53-105)

ARNAUD André-Jean, *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris : LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1973, 182p.

ARNAUD André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1993, 758p.

ARNAUD André-Jean, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris : LGDJ, Droit et société, n° 20, 1998, 185p.

ARNAUD André-Jean et FARIÑAS DULCE Maria José, 1998, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 378p.

ASSIER-ANDRIEU Louis, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris : Nathan, coll. Essai et recherche, 1996, 316p.

Association Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français. Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant*, Nice/Gênes, 1993, Paris : LITEC, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, n° 44, 1994, 661 p. (notamment le rapport de synthèse de Rodolfo Sacco p. 5-14 et par Patrick H. Glenn sur la situation au Canada, p. 613-634)

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris : PUF, Thémis, 1999, 349p.

ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 118p.

ATIAS Christian, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal : Centre de recherches en droit privé & comparé du Québec McGill Legal Studies, 1990, n° 6, 164p. (notamment p. 16-55 sur la culture juridique mixte.)

AUBENAS Roger, "Inconscience de juristes ou pédantisme malfaisant ? Un chapitre d'histoire juridico-sociale XI^e-XV^e siècle", *Revue d'Histoire du Droit Français des pays de droit écrit*, 1978, t. 56, p. 215-252.

AUBENAS Roger, *Cours d'histoire du droit privé. Anciens pays de droit écrit. (XIII^e siècle-XVI^e siècle)*, t. IV : autour de la propriété foncière (moyen âge et ancien régime), Aix-en Provence : La pensée universitaire, 1957, 130p.

AUDISIO Gabriel, *Des paysans. XV^e-XIX^e siècle*, Paris : Armand Colin, 1993p, 367p.

BADIE Bertrand, Pierre BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, Paris : Grasset, coll. Pluriel, 1982, 238p.

BADIE Bertrand, *Les deux États. Pouvoir et société en Occident et en terre d'Islam*, Paris : Fayard, 1997, 331p.

BADIE Bertrand, *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris : Fayard, coll. L'espace du politique, 1992, 334p.

BAILLY Antoine, SCARIATI Renato, *L'humanisme en géographie*, Paris : Economica, coll. Anthropos, 1990, 169p.

BAILLY Antoine et FERRAS Robert, *Éléments d'épistémologie de la géographie*, Paris : Armand Colin, 1997, 192p. (notamment le chapitre 12 "Géométries et symboles, signes d'une permanence, p. 135-141).

BALANDIER Georges, *Anthropologie politique*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 1995 (1^e éd. 1967) 240p.

BALON Joseph, *La structure et la gestion du domaine de l'Eglise au Moyen Age dans l'Europe des Francs*. 2 t., Namur : Les anc. Ets Godenne , 1963, t. 1, 220p.

BALON Joseph, *Les fondements du régime foncier au Moyen Age depuis la chute de l'empire romain en Occident*, Louvain : E. Nauwelaerts, (section belge de la commission internationale pour l'histoire des assemblées d'Etats.) 1954, vol. VII, 198p.

BARRY Boubacar, *La Sénégalambie du XV^e au XIX^e siècle. Traite négrière, Islam, conquête coloniale*, Paris : L'Harmattan, coll. Racines du présent, 1988, 429p.

BART Jean, *Histoire du droit privé de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris : Montchrétien, 1998, 534p.

BARTHES Roland, *Mythologies*, Paris : Seuil, 1957, 247p.

BAUER Julien, *Le système politique canadien*, Paris : PUF, 1998, 126p.

BÉLANGER-HARDY Louise et GRENON Aline, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Montréal : Carswell, 1997, 656p.

BEIGNIER Bernard (dir.), *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, 224p.

BELLEY Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris : L.G.D.J., coll. Droit et société, 1995, vol. 16.

BILLIER Jean-Cassien et MARYIOLI Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, 328p.

BIONDI Jean-Pierre, *Saint-Louis du Sénégal, mémoire d'un métissage*, Paris : Denoël, 1987, 234p.

BLANCHARD Pascal, BANCEL Nicolas et LEMAIRE Sandrine, *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'héritage colonial*, Paris : La Découverte, 2005, 312p.

BLOCH Marc, *Seigneurie française et manoir anglais*, Paris : Armand Colin, coll. Cahiers des Annales, n° 16, 1967, 159p.

BOILAT David (Abbé), *Esquisses sénégalaises*, Paris : Karthala, 1984 (1853 chez Pierre Bertrand), 490p. (introduction de Abdoulaye-Bara Diop p. 5-52 avec indications de prononciation du wolof)

BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p.

BONTE Pierre et IZNARD Michel, *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, article "représentation" (système de), Paris : PUF, 1992 (2^e éd.), 745p.

BOUREAU Alain, *La loi du royaume. Les moines, le droit et la construction de la nation anglaise (XI^e-XIII^e siècles)*, Paris : Les belles lettres, 2001, 355p.

BOURDIEU Pierre, *Choses dites*, Paris : Édition de Minuit, 1987, 229p.

BOURDIEU Pierre, *Le sens pratique*, Paris : Édition de Minuit, 1980, 475p. (notamment chapitre 3 "Structure, habitus, et pratique", p. 87-109, sur la terre p. 249, note sur le juridisme p. 249.)

BOUTRUCHE Robert, *Seigneurie et féodalité. L'apogée XI^e-XIII^e siècles*, Paris : Montaigne, 1970, 549p.

BROWN Craig (dir.), *Histoire générale du Canada*, Montréal : Boréal, 1990, 694p.

BRUN Henri, *Le territoire du Québec : six études juridiques*, Sillery : PUL, 1974, 288p. (Notamment "Les droits des Indiens sur le territoire du Québec", p. 33-95.)

BRUN Henri et TREMBLAY Guy, *Droit constitutionnel*, Cowansville : Yvon Blais, 2001, 1425p. (Sur les conséquences juridiques sur le statut des terres dans la Convention Baie-James, p. 119-124)

BRUNET Roger et FERRAS Robert, *Les mots de la géographie*, Paris : Documentation française, 1993, 518p.

CABOURDIN Guy, *Lexique historique de la France d'Ancien Régime*, Paris : Armand Colin, 1990, 325p.

CAMARA Camille, *Saint-Louis du Sénégal. Évolution d'une ville en milieu africain*, Dakar : IFAN, coll. Initiations et études africaines, n° XXIV, 1968.

CAPELLER Wanda, KITANAMURA Takanori (préf. Gordon WOODMAN.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales autour de Masaji Chiba*, Bruxelles : Bruylant, 1998, 288p.

CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, Paris : PUF, 1998, 379p (notamment chapitre "le pluralisme médiéval" p. 95-136)

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris : Flammarion, 1996, 276p.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ, 1995 (8^e éd.), 441p. (en particulier, le titre II relatif à la propriété, p. 273-305)

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1978, 423p.

CASTALDO André, *Introduction historique au droit*, Paris : Dalloz, 1998, 452p.

CASSIN Barbara (dir.), *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, Paris : Seuil/Le Robert, 2004, 1531p, (notamment entrée Common Law, Lex/jus et Thémis/diké/nomos).

CASTORIADIS Cornélius, *L'institution imaginaire de la société*, Paris : Seuil, 1975, 502p. (les chapitres "l'institution et l'imaginaire : premier abord", "L'institution social-historique : l'individu et la chose" et "les significations imaginaires sociales.")

CAVERIVIERE Monique, DEBENE Marc, *Le droit foncier sénégalais*, Paris : Berger Levrault, coll. Mondes en devenir, 1988, 321p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. 2, Paris : Montchrétien, 1995, 711p.

CHÂTELET François, DUHAMEL Olivier, PISIER Evelyne, *Histoire des idées politiques*, Paris : PUF, 1989 (1^{er} éd. 1982), 326p.

CHAUNU Pierre, *L'expansion européenne du XIII^e au XV^e siècle*, Paris : PUF, coll. Nouvelle Clio, 1983 (1^{er} éd. 1969), 396p. (notamment sur l'état d'esprit et les motivations des découvertes.)

CHAUSSADE Jean, *Le Canada ou les risques d'éclatement d'un grand pays*, Paris : Ellipses, 1995, 95p.

CHELINI Jean, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris : Hachette, 1991, coll. Pluriel, 661p.

CHEVET Jean-Michel, *La terre et les paysans en France et en Grande-Bretagne du début du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle*, Paris : Messene, 1998.

CLAVAL Paul, *La géographie culturelle*, Paris : Nathan Université, 1995, 384p, (chap. 8).

COICAUD Jean-Marc, *Légitimité et politique. Contribution à l'étude du droit et de la responsabilité politiques*, Paris : PUF, coll. Questions, 327p.

COLLIGNON Béatrice, *Les Inuit. Ce qu'ils savent du territoire*, Paris : L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1996, 254p.

CAMBREZY Luc (dir.), *Les représentations du territoire*, Paris : L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1997, 12p.

Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones* (5 volumes) vol. 1 : *Un passé, un avenir*, vol. 2 : *Une relation à définir* (deux parties), vol. 3 : *Vers un ressourcement*, vol. 4 : *perspectives et réalités*, vol. 5 : *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Ottawa : ministère des Approvisionnements et services, groupe de communication Canada, 1996. Consultable sur un site de la Bibliothèque de l'Université de Montréal, sur <http://www.libraxis.com/rcap/index/html>

CONAC Gérard, (dir.) *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris : Economica, 1980, 509p.

COPANS Jean, *Les marabouts de l'Arachide : la confrérie mouride et les paysans du Sénégal*, Paris : L'Harmattan, 1988, 279p.

COQUERY-VIDROVITCH Catherine, *Histoire des villes d'Afrique noire. Des origines à la colonisation*, Paris : Albin Michel, 1993, 409p.

COQUERY-VIDROVITCH Catherine (dir.) *La ville européenne outre-mers : un modèle conquérant ? (XV^e-XX^e siècles)*, Paris : L'Harmattan, 1996, 301p.

CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, Paris : Montchrestien, Domat Droit privé, 2000, (2^e éd.) 439p.

COULON Christian, *Le Marabout et le Prince (Islam et pouvoir au Sénégal)*, Paris : Pédone, 1981, 317p.

COURVILLE Serge, *Le Québec : genèse et mutation d'un territoire. Synthèse de géographie historique*, Sillery/Paris : PUL/Harmattan, 2000, 502p.

CRUISE O'BRIEN Donal, DIOP Momar Coumba, DIOUF Mamadou, *La construction de l'État au Sénégal*, Paris : Karthala, 2002, 231p.

CUBRILO Miliça et GOISLARD Catherine, *Bibliographie et lexique du foncier en Afrique noire*, Paris : Karthala/Coopération française, coll. Économie et développement, 1998, 415p.

CUCHE Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris : La Découverte, 1996, 123p.

DELÂGE Denys, *Le pays renversé : Amérindiens et Européens en Amérique du Nord-Est, 1600-1664*, Montréal : Boréal, coll. Compact, 1991 (1^e éd. 1985), 416p.

DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris : Seuil, 1998, 201p.

DIOP Abdoulaye-Bara, *La société wolof. Tradition et changement. Les systèmes d'inégalité et de domination*, Paris : Karthala, 1981, 355p.

DIOP Momar Coumba et DIOUF Mamadou, *Le Sénégal sous Abdou Diouf*, Paris : Karthala, 1990, 436p.

DIOP Momar Coumba (dir.), *Sénégal. Trajectoires d'un État*, Dakar : Karthala, coll. Série des livres du CODESRIA, 1992, 500p.

DIOUF Makhtar, *Sénégal, les ethnies et la nation*, Paris : L'Harmattan, 1994, 205p.

DOISE Willem et PALMONARI Augusto (dir.), *L'étude des représentations sociales*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1986, 207p.

DONTENWILL Serge, *Une seigneurie sous l'ancien régime. L'étoile en Brionnais du XVI^e au XVIII^e siècles*, Roanne : Horvath, 1973, 291p.

DOUGLAS Mary (préface de Georges Balandier), *Comment pensent les institutions*, Paris : La Découverte/MAUSS, coll. Recherches, série Bibliothèque du MAUSS, 1999 (1^e éd. 1986), 180p.

DUBOUCHET Paul, *La pensée juridique avant et après le Code Civil*, Paris : L'Hermès, 1994, 492p.

DUBY Georges, *Hommes et structures du Moyen-Age (recueil d'articles)*, Paris : Mouton, 1973, 424p. (notamment "Les chanoines réguliers et la vie économique des XI^e et XII^e siècles", p. 203-212, et "Monachisme et économie rurale", p. 381-393).

DUBY Georges (dir.), *Histoire de la France urbaine, t. 2 : La ville en France au Moyen Age*, LE GOFF Jacques (dir.), Paris : Seuil, 1998 (1^e éd. 1980), 676p.

DUBY Georges, *Guerriers et paysans (VII^e-XII^e siècle) Premier essor de l'économie européenne*, Paris : Gallimard, 1973, 308p, (notamment l'exemple monastique p. 240-248)

DUBY Georges, *Le Moyen Age (987-1460)*, Paris : Hachette, coll. Pluriel, 1987, 510p.

DUBY Georges, *L'économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval. France, Angleterre, Empire, IX^e-XV^e siècles*, Paris : Flammarion, 1977, 2 vol. 285p et 288p.

DUMONT Fernand, *Genèse de la société québécoise*, Montréal : Boréal (2^e éd.), 1996, 392p.

DUPUIS Georges et Marie-José Guédon, *Droit administratif*, Paris : Armand Colin, 1993, (4^e éd.) 580p.

DUPUIS Renée, *La question indienne au Canada*, Boréal, coll. Express, 1991, 127p.

DUPUIS Renée, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux des revendications autochtones au Canada*, Montréal : Boréal, 1997, 170p.

DURAND Bernard (dir.), *La justice et le droit : instruments d'une stratégie coloniale*, Montpellier, 2001, document photocopié de l'UMR "Dynamiques du droit", 1220p.

DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde, espaces et systèmes*, Paris : PFNSP et Dalloz, 1993, 597p.

DUSSAULT et BORGEAT, *Traité de droit administratif* PUL, 1986 (1^e éd. 1974), t.2, 1393p. (notamment chapitre "le domaine public et les autochtones", p. 88-110)

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 1995, 515p. (Inclues les "réponses aux critiques") (1^e éd. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977).

DWORKIN Ronald, *L'empire du droit*, Paris : PUF, coll. Recherches politiques, 1994 (1^e éd. *Law's Empire*, Cambridge, Mass : Belknap press, 1986), 467p.

EBERHARD Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Paris : Édition des écrivains, 2002, 398p.

ELIADE Mircea, *Le sacré et le profane*, Paris : Gallimard, coll. Folio, 1987 (1^e éd. 1965), 185p.

ELLUL Jacques, *Histoire des institutions, t. 3 : Le moyen âge*, Paris : PUF, 1999 (1^e éd. 1964), 396p

ELLUL Jacques, *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p.

ENGELHARD Philippe, *L'homme mondial. Les sociétés humaines peuvent-elles survivre ?*, Paris : Arléa, 1996, 568p.

FAL Arame, SANTOS Rosine, DONEUX Jean-Léonce, *Dictionnaire wolof-français* (suivi d'un index français-wolof), Paris : Karthala, 1990, 339p.

FOLHEN Claude, *L'Amérique anglo-saxonne de 1815 à nos jours*, Paris : PUF, coll. Nouvelle Clio, 1969, 384p

FOSSIER Robert, *Hommes et villages d'Occident au moyen âge*, Paris : Publication de la Sorbonne, 1992, 525p. (notamment sur l'économie cistercienne : p. 379-387 et p. 401-425.)

FOURQUIN Guy, *Seigneurie et féodalité au moyen-âge*, Paris : PUF, 1970, 252p.

FRÉGAULT Guy, *La civilisation de la Nouvelle-France 1713-1744*, lieu ? Bibliothèque québécoise, coll. Sciences humaines, 1990, (1^e ed. 1969) 310p.

GAILLARD Gérald, *Dictionnaire des ethnologues et des anthropologues*, Paris : Armand Colin, 1997, 286p.

GALLAIS Jean, *Hommes du Sahel*, Paris : Flammarion, 1984, 276p.

GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris : Montchrétien, 1997, 369p.

GAUDEMET Jean, "Les collections canoniques, miroir de la vie sociale", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 243-253.

GILISSEN John, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles :   ditions de l'université de Bruxelles, Institut de sociologie, 1972, 332p

GICQUEL Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : Montchrétien, coll. Domat droit public, 1993 (12^e éd.), 809p.

GLELE Maurice Ahanhanzo, *Religion, culture et politique en Afrique noire*, Paris : Economica/Présence africaine, coll. Politique comparée, 1981, 206p.

GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les   ditions Yvon Blais, 1993, 597p.

GRAMMOND Sébastien, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville (Québec), Bruylant/Yvon Blais, 2003, 439p.

GRANDCLAUDE Maurice, *Histoire du Droit Privé (cours de doctorat : Histoire de la propriété foncière)*, Paris, cours dactylographié 3, place de la Sorbonne, 1933-1934, 372p.

GREER Allan, *Brève histoire des peuples de la Nouvelle-France*, Montréal : Boréal, 1998, 165p.

GREER Allan, *Habitants, marchands et seigneurs. La société rurale du Bas-Richelieu 1740-1840*, Sillery : Septentrion, 1991 (1^e   d. Toronto : University of Toronto press, 1985), 356p.

GUILLAUME Sylvie et alii, *L'espace canadien et ses représentations, Actes du colloque international tenu à Talence, 16-17 décembre 1994*, Talence :   dition de la maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1996, 304p.

GUILLEMARD Sylvette et SAINT-HILAIRE Maxime, *1982-2001 : Vingt ans de grands arrêts de la Cour suprême du Canada : 45 décisions choisies, présentées et commentées*, Montréal : Wilson & Lafleur, 2002, 276p.

GUILLOT Olivier, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, vol. 1, Paris : Armand, Colin, 1994, 320p. (notamment à propos du droit romain)

HABERMAS Jürgen, *L'espace public. Arch  ologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris : Payot, 1993, 325p.

HABERMAS Jürgen, *Droit et morale*, Paris : Seuil, coll. Traces écrites, Tanner lecture 1986, 1997, 92p. (Textes des deux conférences "Comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité ?" et "L'idée d'État de droit")

HAROUEL Jean-Louis et alii, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris : PUF, 1987, 591p.

HEERS Jacques, *La ville au Moyen Age en Occident. Paysages, pouvoirs et conflits*, Paris : Fayard, 1990, 550p.

HERMET Guy, BADIE Bertrand, BIRNBAUM Pierre, BRAUD Philippe, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris : Armand Colin, 1994, 279p.

HERSCH Jeanne, *L'étonnement philosophique. Une histoire de la philosophie*. Paris : Gallimard, Folio coll. Essai, 1993 (1^e éd. 1981), 460p.

HILAIRE Jean, *La vie du droit*, Paris : PUF, 1994, 308p.

IBA GUEYE Issakha, *Kumba Bang, totem de Saint-Louis du Sénégal, conte mythique*, Dakar : Sud-communication, 1994, 122p.

Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1992, 426p.

JODELET Denise, *Les représentations sociales*, Paris : PUF, 1997 (5^e éd.), 447p.

KANE Cheikh Hamidou, *Les gardiens du temple*, Paris : Stock, 1995-1997, 338p.

KANT Emmanuel, *Métaphysiques des mœurs*, Paris : Librairie philosophique Joseph Vrin, 1971 (1^e éd. 1796), 279p. (préface critique de Michel Villey et introduction de Alexis Philonenko, 1^e partie : Doctrine du droit en particulier p. 136 : Du droit réel)

KANT Emmanuel, *Opuscules sur l'histoire*, Paris : Flammarion, 1990, 245p.

KESTELOOT Lilyan, *Contes et mythes wolof*, Dakar : Neas, coll. Traditions orales, 1984, 232p, et avec DIENG Bassirou *Contes et mythes du Sénégal*, Paris : CILF, 1986, 151p.

KI-ZERBO Françoise, *Les sources du droit chez les Diola du Sénégal*, Paris : Karthala, 1997, 217p.

KOLISH Evelyn, *Nationalisme et conflit de droit au Québec. Le débat du droit privé au Québec*, La Salle : Hurtubise, Cahier du Québec, 1994, 325p. (sur le foncier et le régime seigneurial et son abolition).

KOUASSIGAN Guy-Adjété, *L'homme et la terre, contribution à l'étude des droits fonciers coutumiers et de leur transformation en droit de propriété en Afrique occidentale*, Paris : Berger Levraut, 1966, 284p.

KOYRE Alexandre, *Du monde clos à l'Univers infini*, Paris : Gallimard, 1973 (1^e éd. 1957) 349p.

LAGROYE Jacques, *Sociologie politique*, Paris : PFNSP et Dalloz, 1993, 485p. (notamment le chapitre II : La formation de l'État européen.)

LAÏDI Zaki, *La grande perturbation*, Paris : Flammarion, 2004, 473p.

LAJOIE Andrée, *Quand les minorités font la loi*, Paris : PUF, 2002, 217p.

LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Maurice, BISSONNETTE Alain, NORMAND Sylvio, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville : Yvon Blais, 1996, 303p.

LATOUCHE Robert, *Les origines de l'économie occidentale (4^e-11^e siècles)*, Paris : Albin Michel, Bibliothèque de synthèse historique, 1956, 406p.

LATOUR Bruno, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris : La Découverte/Armillaire, 2002, 319p.

LAVIGNE DELVILLE Philippe (dir.), *Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? Réconcilier pratiques, légitimité et légalité*, Paris : Karthala/Coopération française, 1998, 739p.

LE BRAS Gabriel (dir.), *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident*, Paris : Sirey/Cujas, 1974, 20 tomes. (en particulier t. 5 vol. 1 : *Les temps carolingiens (741-891) Les institutions*, Jean Imbert 1994, 253p ; t. 8 vol. 2 : *Le gouvernement de l'église à l'époque classique, 2^e partie : le gouvernement local*, Jean Gaudemet, 1979, 347p ; t. 10 : *L'âge classique 1140-1378 : les religieux*, 1974, 567p ; t. 15, vol. 2 : *L'époque moderne (1563-1789) le monde des religieux*, Dom Robert Lemoine, 1976, 438p.)

LEBRETON Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris : Armand Colin, 1995, 462p.

LE BRIS Émile, LE ROY Étienne et LEIMDORFER François, *Enjeux fonciers en Afrique noire*, Paris : Karthala/Orstom, 1982, 399p.

LE BRIS Émile, LE ROY Étienne et MATHIEU Paul (dir.), *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, Paris : Karthala, 1991, 359p.

LE CLEZIO J.M.G., *Le rêve mexicain ou la pensée interrompue*, Paris : Gallimard, 1988, 248p.

LECA N., *Les pêcheurs de Guet Ndar*, Rochefort-sur-mer, (éditeur ?), 1935, 106p.

LEGENDRE Pierre, *Leçon VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du droit*, Paris : Fayard, 1988, 436p.

LEGENDRE Pierre, *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris : Fayard, coll. Les savoirs, 1992, 638p. (en particulier les chapitres "La maîtrise de l'espace national" p. 115-154, et "La projection coloniale", p. 155-188)

LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, 128p.

LEGRAND Pierre (dir.), *Common law d'un siècle l'autre*, Montréal : Yvon Blais, 1992, 528p. (surtout les chapitres "Le trust et le jus commune" p. 87-114 et "Les biens et le trust", p. 253-274.)

LE GOFF Jacques (dir.), *Histoire de la France religieuse. t. 1 : Des dieux de la Gaule à la papauté d'Avignon (des origines au XIV^e siècle)*, Paris : Seuil, 1988, 572p.

LE GOFF Jacques, *La vieille Europe et la nôtre*, Paris : Seuil, 1994, 69p.

LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, 590p.

LE ROY Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*, Paris : LGDJ, coll. Droit et société, série anthropologique, n° 28, 1999, 415p.

LE ROY Étienne, *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris : Dalloz, coll. État de droit. Regards sur la justice, 2004, 283p.

LÉVI-STRAUSS Claude, *Anthropologie structurale*, Paris : Plon, 1974 (1^e éd. 1958), 480p.

LEYTE Guillaume, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale XII^e-XV^e siècle*, Strasbourg, PU de Strasbourg, 1996, 444p.

LINTEAU Paul-André, *Histoire du Canada*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ? 1994, 128p.

LONG Marceau, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Sirey, 1993, 820p.

LOT Ferdinand et FAWTIER Robert (dir.), *Histoire des institutions françaises au Moyen Age*, t. 3 : institutions ecclésiastiques par LEMARIGNIER Jean-François, GAUDEMET Jean et Mgr Guillaume MOLLAT, Paris : PUF, 1962, 502p.

LOTI Pierre, *Le Roman du spahi*, Paris : Gallimard, 1992 (1^e éd. 1881), 264p.

LYON-CAEN Antoine (la dir.), *Rapport de la commission de Réflexion sur les Études de droit*, Rapport à M. Jack Lang, Ministre de l'Éducation Nationale, Avril 2002.

MARTIN Denis-Constant, JULES-ROSETTE Benneta, *Cultures populaires, identités et politique*, Les cahiers du CERI n°17, Paris : CERI et FNSP, 1997, 46p.

MARTIN J. *Lexique de la colonisation française*, Paris : Dalloz, 1988.

MATHIEU Jacques, LABERGE Alain, *L'occupation des terres dans la vallée du Saint-Laurent. Les aveux et dénombrements 1723-1745*, Sillery : Septentrion, 1991, 415p.

Mélanges Roger Aubenas, Montpellier, Université Montpellier I et Recueil de mémoires et de travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, fascicule IX, 1974, 818p.

MEGARRY R.E. et WADE H.W.R., *The law of real property*, Londres : Stevens & Sons, 1984 (4^e éd.), 1204p.

MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte Foy : PUL, 1998, 244p. (notamment son introduction "Penser le droit québécois entre culture et positivisme : quelques considérations critiques" p. 3-23).

MELKEVIK Bjarne et OTIS Ghislain, *Peuples autochtones et normes internationales. Analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville : Édition Yvon Blais, 1996, 218p.

MEYER Jean et alii, *Histoire de la France coloniale, des origines à 1914*, Paris : Armand Colin, 1991, 846p.

MOLES Abraham A., *Les sciences imprécises*, Paris : Point Seuil, série sciences, 1995, 360p.

MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*. Boréal, 1997, 333p. (Mais critique sévère de Bjarne Melkevik qui considère que l'ouvrage pêche par "un parti pris romantique et idéaliste", *Les Cahiers de Droit*, vol. 39, p. 939.)

MOUSNIER Roland, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, vol. 1, Paris : PUF, 1990 (1^e éd. 1974), 586p. (passage très intéressant sur la seigneurie vol. 1, p. 371-427 avec des remarques sur les communautés d'habitants)

OLIVIER-MARTIN François, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, Paris : CNRS, 1992 (1^e éd. 1948 chez Montchrétien), 763p.

OPPETIT Bruno, *Droit et modernité*, Paris : PUF, coll. Doctrine juridique, 1998, 299p.

NANTET Bernard, *Dictionnaire d'histoire et de civilisations africaines*, Paris : Larousse et Bordas, 1999, 228p, p. 187 (article Mouride)

NDIAYE Catherine, *Gens de sable*, Paris : POL, 1984, 165p.

OURLIAC Paul, "Réflexions sur l'origine de la coutume", *Les pays de Garonne vers l'an mil. La société et le droit. Recueil d'études*. Toulouse : Edition Privat, 1993, 296p.

OURLIAC Paul, GAZZANIGA Jean-Louis, *Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil*, Paris : Albin Michel, coll. L'évolution de l'Humanité, 1985, 442p.

OURLIAC Paul, MALAFOSSE Jehan de, *Histoire du droit privé : les biens*, vol. 2 Paris : PUF, coll. Thémis Droit, 1971, (1^e ed.1961), 452p.

PATAULT Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, Paris : PUF, 1989, 336p.

PERNOUD Régine, *Pour en finir avec le Moyen Age*, Paris : Seuil, 1977, 151p.

PETITEVILLE Franck, *La coopération décentralisée. Les collectivités locales dans la coopération Nord-Sud*, Paris : L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 1995, 278p.

PLUCHON Pierre, *Histoire de la colonisation française*, t. 1 : Le premier empire colonial, des origines à la restauration, Paris : Fayard, 1991, 1114p.

POINSOT Jacqueline, SINOUE Alain, STERNADEL Jaroslav, *Les villes d'Afrique noire entre 1650 et 1960*, Paris : Orstom/ACA, 1989, 346p.

POLIN Raymond, *La création des cultures*, Paris : PUF, coll. Questions, 1993, 282p.

PORTES Jacques, *Le Canada et le Québec au XX^e siècle*, Paris : Armand Colin, 1994, 195p.

QUENIART Jean, *Les Français et l'écrit XIII^e- XIX^e siècle*, Paris : Hachette Supérieur, 1998, 255p.

QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *L'imaginaire juridique des familles africaines en France. Représentations et stratégies juridiques de migrants d'Afrique noire en France et au Québec*, Paris : L'Harmattan, 1995, 327p. (en particulier sur l'approche comparative)

RABAIN Jacqueline, *L'enfant du lignage. Du sevrage à la classe d'âge*, Paris : Payot, 1979, 237p. (préface d'Edmond Ortigues)

REDOR Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. Evolutions des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris et Aix : Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 379p.

REGNAULD Hervé, *L'espace, une vue de l'esprit ?*, Rennes : PUR, coll. Espaces et Territoires, 1998, 123p.

RICŒUR Paul, *Parcours de la reconnaissance, trois études*, Paris : Stock, coll. Les essais, 2004, 386p.

ROCHEGUDE Alain et VERDIER Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris : L'Harmattan/CNRS, 1986, 296p.

ROCHEGUDE Alain, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier : mise en perspective juridique des textes sur la décentralisation et le foncier en Afrique de l'ouest et du centre*, PDM/Ministère français des affaires étrangères, 107p, (Sénégal 27p, p. 9)

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Paris : Dalloz, 1975 (1^e éd. 1918), 174p.

ROSANVALLON Pierre, *La crise de l'État-providence*, Paris : Seuil, 1981, 183p.

ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris : PUF, 1988, 496p.

ROULAND Norbert, *Aux confins du droit*, Paris : Odile Jacob, coll. Sciences humaines, 1991, 318p.

ROULAND Norbert, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris : Odile Jacob, 1995, 377p.

ROULAND Norbert, POUMAREDE Jacques, PIERRE-CAPS Stéphane, *Droits des minorités et des peuples autochtones*, Paris : PUF, 1996, 581p.

ROY Fernande, *Histoire des idéologies au Québec aux XIX^e et XX^e siècles*, Boréal, coll. Boréal express, 1993, 125p,

RUDIN Ronald, *Faire de l'histoire au Québec*, Sillery : Septentrion, (trad. de Pierre R. Desrosiers), 1998, 278p.

SACCO Rodolfo, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris : Economica, 1991, 175p.

SCHMITT Carl, *Les trois types de pensée juridique*, Paris : PUF, 1995 (1^e éd.1934), 115p.

SCHMITT Carl, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris : PUF, coll. Léviathan, 2001 (1^e éd. 1950), 363p.

SÉRIAUX Alain, *Le droit naturel*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1999,128p.

SIMOULIN Vincent, "La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne", *Droit et Société*, n° 54, 2003, p. 307-328.

SINOUE Alain, *Comptoirs et villes coloniales du Sénégal, Saint-Louis, Gorée, Dakar*, Paris : Kartahla, 1993, 348p.

SOLER Léna, *Introduction à l'épistémologie*, Paris : Ellipses, 2000, 240p.

TERESTCHENKO Michel, *Philosophie politique. vol. 2 : Ethique, science et droit*, Paris : Hachette, 1994, 151p.

TÉTU DE LABSADE Françoise, *Le Québec : un pays, une culture*, Boréal, 1989, 458p.

THOMAS Paul, *Le droit de propriété des laïques sur les églises et le patronage laïque au moyen âge*, Paris : Ernest Leroux, 1906, 194p.

TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, Paris : Publication de la Sorbonne, 2001,189p.

TIMSIT Gérard, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 205p.

TIMSIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1997, 252p. (notamment "La régulation : naissance d'une notion", p. 161-233, 1 : "la régulation, un non-concept" et 3 : "la régulation comme objet de comparaison")

TIMSIT Gérard, *Les noms de la loi*, Paris : PUF, coll. Les voies du droit, 1991, 196p.

TODOROV Tzvetan, *La conquête de l'Amérique, la conquête de l'autre*, Paris : Seuil, 1991, (1^e éd. 1982), 360p.

TROCMÉ Hélène, *Naissance de l'Amérique moderne XVI^e-XIX^e siècle*, Paris : Hachette, 1997, 255p.

TRUDEL Marcel, *Le début de régime seigneurial au Canada*, Montréal : Fides, 1974, 313p.

TRUDEL Marcel, *Histoire de la Nouvelle-France*, 5 vol., Montréal : FIDES, 1979. (notamment vol. 3 bis : le comptoir de 1604 à 1627, (554p) aborde la question seigneuriale mais pas très juridique.)

TRUDEL Marcel, *Mythes et réalités dans l'histoire du Québec*, Montréal : Hurtubise, HMH, Cahiers du Québec, coll. Histoire, 2001, 325p.

TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu les 28-29 avril 1995) 228p.

VIDAL Dominique et BOURTEL Karim, *Le mal-être arabe. Enfants de la colonisation*, Marseille : Agone, coll. Contre-feux, 2005, 233p.

VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne, cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Montchrestien, 1975, 718p.

VILLEY Michel, *Critique de la pensée juridique moderne (12 autres essais)*, Paris : Dalloz, coll. Philosophie du droit, n° 16, 1976, 274p. (en particulier "Notes sur le concept de propriété", p. 185-200.)

VILLIERS Patrick, JACQUIN Philippe, RAGON Pierre, *Les européens et la mer : de la découverte à la colonisation (1455-1860)*, Paris : Ellipses, 1997, 254p.

VINCENT Sylvie, MAILHOT José, *Le discours montagnais sur le territoire. Rapport soumis au Conseil Attikamek-Montagnais*, document dactylographié, 1980, 219p.

WALLOT Jean-Pierre, *Un Québec qui bougeait*, Sillery : Boréal, coll. Express, 1973, 345p. (chapitre 7 sur l'abolition du régime seigneurial).

WALTON Frederick P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, Toronto : Butterworths, 1980 (1^e éd. 1907 *The scope and interpretation of the code civil of lower Canada*), 141p.

WEBER Max, *Le savant et le politique* (préface ARON Raymond), Paris : 1963 (1^e éd. 1959), Plon, 221p.

YOUNES Carole, LE ROY Étienne (dir.), *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ?*, Paris : Karthala, 2002, 307p.

Mélanges YVER Jean, Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p.

Articles et contributions

ALLIOT Michel, "Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique francophones et à Madagascar", *Études de Droit africain et de droit malgache*, Paris : Cujas, 1964, p. 235-256.

ALLIOT Michel, "L'acculturation juridique", POIRIER Jean (dir.), *Ethnologie générale*, Paris : Gallimard, 1968, p. 1180-1236.

ALLIOT Michel, "Genèse et permanence des traditions juridiques", *Communication au pré-colloque organisé à Munich (28-29 mai 1976)*.

ALLIOT Michel, "Les transferts de droit ou la double illusion", *Bulletin de liaison du LAJP*, mars 1983, p. 121-131.

ALLIOT Michel, "Anthropologie et juristique (sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit)", *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 6, janvier 1983, p. 83-117.

ALLIOT Michel, "Religions d'Afrique et droits d'expression française", *Revue juridique et politique, Indépendance et Coopération*, 1984, p. 696-705.

ALVIRA Rafael, "Sobre el concepto de 'espíritu de la época'", *Persona y derecho, revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, t. 17, 1987, éd. De la universidad de Navarra, p. 75-85.

AMSELEK Paul, "La partie de la science dans les activités des juristes", *Recueil Dalloz* 1997, chronique, p. 337-342.

AMSELEK Paul, "Éléments d'une définition de la recherche juridique", *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : les biens et les choses, Sirey/CNRS, 1979, p. 297-305.

AMSELEK Paul, "Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique", *Revue de droit public*, 1978, 6, p. 5-19 (à lire avec la réponse de Michel Troper)

ANDORNO Roberto, "Les droits de l'homme sont-ils universels ?", ARSAC Pierre, CHABOT Jean-Luc, PALLARD Henri, (textes recueillis et présentés par) *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris : L'Harmattan, 1999, p. 199-212, 367p.

ARNAUD André-Jean, "Le droit français des biens entre jeu et providence", *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : Les biens et les choses, 1979, Sirey/CNRS, p. 231-234.

ASCH Michael I., "Regard anthropologique sur la définition judiciaire des droits autochtones, *Recherches amérindiennes au Québec (RAAQ)*, 1983, 13-3, p. 169-178.

ASSIER-ANDRIEU Louis, GAZANIGGA Jean-Louis, "A propos de la coutume en domaine français", *Droit et cultures*, n° 5, 1983, p. 5-15.

ATIAS Christian, "Les maux du droit et les mots pour le dire", *Dalloz* 1997, chronique, p. 231-233.

ATIAS Christian, "La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique", *Dalloz* 1997, chronique, p. 44.

ATIAS Christian, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", *Dalloz* 1977, chr. p. 251-258.

BAILLARGEON G., "La tenure seigneuriale a-t-elle été abolie par suite des plaintes des censitaires ?", *Revue d'histoire de l'Amérique française* (RHAF), vol. 21, 1967-1968, p. 64-80.

BARIL Daniel, "Paix des braves", *Forum*, 2002, vol. 36, n° 21, du 18 février 2002.

BARON Catherine, "La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique", *Droit et Société*, n° 54, 2003, p. 329-351.

BART Jean, "Esquisse d'une géographie juridique bourguignonne", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 33-42.

BARTLETT R.H., "You can't trust the crown : the fiduciary obligation of the crown to the Indian : *guerin v. the Queen* ", *Saskatchewan Law Review*, (in Case comments), 1984, n° 49, p. 367-373.

BAYART Jean-François et GESHIÈRE Peter (dir.), "J'étais là avant, problème de l'autochtonie", *Critique internationale*, n° 10, janvier 2001, p. 126-194.

BEAUDOIN Louis, "Conflits nés de la coexistence juridique au Canada", *McGill Law Journal*, 1956, 3, p. 51-69.

BEAULIEU Jacqueline, CANTIN Christiane, RATELLE Maurice, "La proclamation de 1763 : le droit refait l'histoire", *Revue du barreau*, 1989, t. 49, n° 3, p. 317-343.

BECKER Charles et LERICOLLAIS André, "Le problème frontalier dans le conflit sénégal-mauritanien", *Politique africaine*, oct. 1989, n° 35, p. 149-155

BECKER Alfons, "La politique féodale d'Urbain II dans l'ouest et le sud de l'Europe", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 43-56.

BELLEY Jean-Guy, "L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique", 1986, *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, p. 11-32.

BELLEY Jean-Guy, "Paradigmes et innovations : les professeurs de droit et l'avenir des professions juridiques", *Revue canadienne Droit et société*, 1994, n° 9, p. 163-179.

BELLEY Jean-Guy, "La pensée juridique positiviste et ses tourments ", MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte Foy : PUL, 1998, 244p, p. 238-244.

BERNARD Guy, "L'africain et la ville", *Cahier d'études africaines*, 1973, n° 51, consacré aux villes africaines, vol. XIII, p. 574-586.

BESNIER Robert, "Le régime des tenures en droit canadien-français, *Revue historique de droit*, 1935, p. 734-747.

BISSONNETTE Alain, GENTELET Karine et ROCHER Guy, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 139-164.

BISSONNETTE Alain, "La redéfinition du statut des peuples autochtones du Canada à l'aide d'une étude de cas", *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993-2, p. 603-615.

BISSONNETTE Alain, "Le droit à l'autonomie gouvernemental des peuples autochtones", *Revue générale de droit*, 1993, p. 5-25.

BISSONNETTE Alain, "Québécois et autochtones : le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995) 228p, p. 11-18.

BLOIN Marie-Michèle, "Le nouveau code civil du Québec de 1994", BEIGNIER Bernard (dir.), *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, 224p, p. 167-179.

BOIVIN Richard, "Le droit des autochtones sur le territoire québécois et les effets du régime français", *Revue du barreau*, 1995, 55, p. 135-169.

BOIVIN Richard, "A qui appartient l'obligation du fiduciaire à l'égard des autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1994, vol. 35, n° 1, p. 3-22.

BOULOUIS Jean, "Supprimer le droit administratif ?", *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*. n° 46 : Droit administratif, bilan critique, 1988, p. 5-12.

BOURDIEU Pierre, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 3-19.

BOURDIEU Pierre, "Habitus, code et codification", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, (*De quel droit ?*), p. 40-44.

BRIERLEY John E.C., "Quebec's Civil Law Codification : Viewed and reviewed", *McGill Law Journal*, 1968, 14, p. 521-589.

BRIERLEY John E.C., "The co-existence of legal systems in Quebec : "free and common socage" in Canada's "pays de droit civil", *Les Cahiers de Droit*, 1979, vol. 20, p. 277-312.

BRIERLEY John E. C., "The new Quebec law of trusts : the adaptation of common law thought to civil law concepts", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1993, 597p, p. 383-397.

CABANIS André, "Le code hors de France", BEIGNIER, Bernard, (dir.) *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, 224p, p. 33-61.

CANTIN CUMYN Madeleine, "Le droit privé des biens : à l'enseigne de la continuité", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1993, 597p, p. 375- 382.

CARBASSE Jean-Marie, "Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution", Paris : *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1986, n° 3 : La coutume, p. 25-37.

CARBONNIER Jean, "La religion, fondement du droit ?", *Archives de Philosophie du droit*, Sirey et CNRS, 1993, n° 38 : Droit et religion, p. 17-21.

CARBONNIER Jean, "Il y a plus d'une définition dans la maison du droit", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 11 : Définir le droit/2, 1990, p. 5-9.

CARDINAL Jean-Guy, "Le droit civil au Québec : ses sources, son évolution, son originalité", *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1967, n° 3 (spécial Québec), p. 417-424.

CARRE Laurence, "Communs et communaux en France : heurs et malheurs d'une ressource commune", LAVIGNE DELVILLE Philippe (dir.), *Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? Réconcilier pratiques, légitimité et légalité*, Paris : Karthala/Coopération française, 1998, 739p, p. 708-719.

CAVERIVIERE Monique, DEBENE Marc, "Foncier des villes, fonciers des champs (Rupture et continuité du système foncier sénégalais)", *Annales africaines*, 1989-1990-1991, p. 75-93.

CHASSAING Jean-François, "Les successions et les donations à la fin de l'ancien régime et sous la révolution. Bouversements et continuité juridique", *Droit et cultures*, n° 3, 1982, p. 85-111.

CHEDEVILLE André, "'La guerre des bourgs" Concurrence châtelaine et patrimoine monastique dans l'ouest de la France (XI^e-XII^e siècles)", *Mélanges FOSSIER Robert, Campagnes médiévales : l'homme et son espace*, Paris : Publication de la Sorbonne, 1995, 734p.

CHIANEA Gérard "Directe royale universelle et souveraineté royale en Dauphiné sous l'ancien régime", *Mélanges Roger Aubenas*, Montpellier, Université Montpellier I et Recueil de mémoires et de travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, fascicule IX, 1974, 818p, p. 142-156.

CLAUZEL Jean, "L'évolution des structures de l'administration territoriale dans quelques États de l'Afrique francophones au sud du Sahara", *Mondes et cultures*, 1991, p. 208-225.

CLERMONT Norman, "Le gougou de Champlain et les croyances algonquiennes", *RHAF*, vol. 35, n° 3, décembre 1981, p. 377-381.

COLLIGNON Béatrice, "La construction de l'identité par le territoire : réflexion à partir du cas des Inuit d'hier (nomades) et d'aujourd'hui (sédentarisés), BONNEMAISON Joël et COLLIGNON Béatrice, "Les fondements territoriaux de l'identité inuit d'hier et d'aujourd'hui (Canada)", BONNEMAISON Joël, CAMBREZY Luc, QUINTY-BOURGEOIS Laurence (dir.),

Les territoires de l'identité. Le territoire, lien ou frontière ?, t. 1, L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1999, 315p, p. 93-109.

COURVILLE Serge : Contribution à l'étude de l'origine du rang au Québec : la politique de la compagnie des Cent-associés, *Cahier de géographie du Québec*, 1981, t. 25, n° 65, p. 197-236.

Coutumiers juridiques de l'AOF, (Publications de comité d'études historiques et scientifiques de l'AOF, série A, n° 8, t. I (1939) (Sénégal)

COURVILLE Serge, "Espace, territoire et culture en Nouvelle-France : une vision géographique", *Revue d'Histoire de l'Amérique Française*, vol. 37, n° 3, décembre 1983, p. 417-429.

CROUSSE Bernard, "Étatisme ou individualisation, la réforme foncière mauritanienne de 1983", *Politique africaine*, mars 1986, n° 21, p. 63-76.

CROUSSE Bernard, "La Mauritanie, le foncier et l'après-barrage", *Politique africaine*, juin 1988, n° 30, p. 83-88.

CUMYN CANTIN Madelaine, "Le droit privé des biens : à l'enseignement de la continuité", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1993, 597p, p. 375-382.

DEBENE Marc, "La réorganisation de Dakar et de sa région", *Revue française d'administration publique*, 1986, n° 40, p. 51-74, (initialement publié dans la *Revue des Institutions politiques et administratives sénégalaises* (RIPAS), 1985, n° 11, p. 985-1037.)

DECHENE Louise, "L'évolution du régime seigneurial, Montréal XVII^e-XVIII^e", *Recherches sociographiques*, mai-août 1971, 12, p. 143-183. (article de rupture avec l'historiographie traditionnelle)

DEGNY SEGUY René, "De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique", *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*. BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne et ROBERT Pierre (dir.), Sillery et Paris : Presses de l'université de Laval et L'Harmattan, 1996, 498p, p. 453-455.

DELÂGE Denys, "Les Iroquois chrétiens des "réductions" (1667-1770). 1- Migration et rapports avec les Français", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21, n° 1-2, 1991, p. 59-69.

DELÂGE Denys et GILBERT Étienne, "La justice coloniale britannique et les Amérindiens au Québec. 1760-1820", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 32, 2002, n° 1-2, p. 63-80.

DEPATIE Sylvie, LALANCETTE Mario, DESSUREAULT Christian, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, La Salle : Hurtubise, HMH, Cahier du Québec, 1987, 292p.

DESJARDIN Pauline, "La coutume de Paris et la transmission des terres. Le rang de la Beauce à Calixa-Lavallée de 1730 à 1975", *RHAF*, vol. 34, n° 3, décembre 1980, p. 331-339.

DESPY Georges, "Les richesses de la terre : Cîteaux et Prémontré devant l'économie de profit aux XII^e et XIII^e siècles", *Problèmes d'histoire du christianisme*, Bruxelles : Université libre de Bruxelles, 1974-1975, t. 5, p. 58-80.

DIAGNE Souleymane Bachir, "L'avenir de la tradition", DIOP Momar Coumba (dir.), *Sénégal. Trajectoires d'un État*, CODESRIA, 1992, 501p, p. 279-298.

DICKINSON John A., "La justice seigneuriale en Nouvelle-France: le cas de Notre-Dame-des-anges", *Revue d'Histoire de l'Amérique Française*, vol. 28, n° 3, décembre 1974, p. 323-346.

DIOP Abdoulaye Sokhna, "La fondation de Saint-Louis du Sénégal", Dakar : *Bulletin de l'IFAN*, t. 37, série B, n° 2, 1975, p. 318-339.

DIOP Momar Coumba et DIOUF Mamadou, "Pouvoir central et pouvoir local, la crise de l'institution municipale au Sénégal", JAGLIN Sylvie et DUBRESSON Alain (dir.), *Pouvoirs et cités d'Afrique noire. Décentralisations en questions*, Paris : Karthala, 1993, 308p, p. 101-125.

DIOP Moustapha, "La course à la propriété foncière en Guinée", *Études foncières*, n° 92, Juillet-Août 2001

DIOUF Mamadou, "La promotion des collectivités locales sénégalaises dans le cadre de la réforme de l'administration territoriale et locale", *Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal* (RIPAS), n° 17, oct-déc. 1987.

DIONNE P., "Les postulats de la commission Dorion et le titre aborigène au Québec : vingt ans après", *Revue du barreau*, 1991, 51, p. 127-171

DUMONT Fernand, "La représentation idéologique des classes au Canada français", *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, 1967, n° 3 (spécial Québec), p. 425-438.

DUPUIS Renée, "Des écarts majeurs entre la convention n° 169 de l'OIT et le droit canadien", *Recherches Amérindiennes au Québec*, 1994-1995, vol. 24, n° 4 p. 29-36. (le numéro contient également des articles sur l'Amérique du sud).

DUPUIS Renée, "Les politiques canadiennes et québécoises relatives aux autochtones", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995) 228p, p. 56-68.

EBERHARD Christoph, "Droit, gouvernance et développement durable. Quelques réflexions préliminaires", *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques (RIEJ)*, 2004, n° 53, p. 81-122.

ELBAZ Mikhaël, " Cultures, ordres et désordres juridiques", *Anthropologie et sociétés*, 1989 vol. 13, n° 1, p. 1-20.

EL SHAKANKIRI Mohamed, "La notion de 'bien' dans la philosophie juridique musulmane", *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : les biens et les choses, Sirey/CNRS, 1979, p. 67-85.

EMERY Georges, "Réflexions sur le sens et la portée au Québec des articles 25, 35, et 37 de la loi constitutionnelle de 1982", *Les Cahiers de Droit*, 1984, vol. 25, p. 145-163. (dans le même numéro un article sur le rapatriement de la constitution et un autre sur la loi de 1982)

ÉMOND André, "Existe-t-il un titre originaire dans les territoires cédés par la France en 1763 ?", *Revue de droit de McGill/McGill Law journal*, 1995, 41, p. 59-90.

ÉMOND André, "L'affaire Delgamuukw ou la réactualisation du droit américain au regard des conditions d'existence et d'extinction du titre aborigène au Canada", *Les Cahiers de Droit*, vol. 39, n° 4, déc. 1998, p. 849-880.

FOBLETS Marie-Claire, "Le droit face au pluralisme : 1- Théorie du pluralisme juridique ; 2- Le statut des minorités", *Bulletin de liaison du LAPJ*, n° 17, Paris, juin 1992, p. 21-26.

GARRETT Hardin, "The tragedy of the commons", *Science*, n° 162, déc. 1968, p. 1243-1248. Consultable sur <http://www.constitution.org/cmt/tragcomm.htm>

GAZZANIGA Jean-Louis, "Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 20, 1994, p. 31-41.

GAZZANIGA Jean-Louis, "Le code avant le code", BEIGNIER Bernard (dir.), *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, 224p, p. 21-32.

GAZZANIGA Jean-Louis, "Rédaction des coutumes et codification", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 26 : De la codification, PUF, 1998, p. 71-80.

GIORDANENGO Gérard, "Droit féodal et droit romain dans les universités du midi : l'exemple de Bertrand de Deaux", *Mélange Roger Aubenas*, Montpellier, Université Montpellier I et Recueil de mémoires et de travaux publiés par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, fascicule IX, 1974, 818p, p. 343-349.

GIORDANENGO Gérard, "Coutume et droit féodal en France (XII^e-milieu XIV^e siècle)", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 219-225.

GIRARD Michel F, "La crise d'Oka à la lumière de l'écologie historique", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21/1-2 (consacré aux Mohawks), 1991, p. 95-98.

GLENN Patrick Hugo, "Le trust et le jus commune", LEGRAND Pierre, *Common law d'un siècle l'autre*, Montréal : Yvon Blais, 1992, 528p, p. 87-114.

GOUJON Pierre, "Législation et droits d'usage en France dans la première moitié du 19^e siècle", *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, JOURNÉS Claude (dir.), Lyon : PUL, 1986, 164p, p. 15-25.

GOURON André, "Aux origines de l'émergence du droit : glossateurs et coutumes méridionales (XII^e siècle-milieu XIII^e siècle)", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 255-270. (position novatrice)

GOURON André, "La coutume en France au Moyen âge", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol.52, p. 193-217.

GRAMMOND Sébastien, "La protection constitutionnelle des droits ancestraux et l'arrêt Sparrow", *Revue McGill*, 1991, 36, p. 1382-1415.

GREENHOUSE Carol J., "Dimensions spatio-temporelles du pluralisme juridique", *Anthropologie et sociétés*, 1989 vol.13, p. 35-52.

GREGOIRE Pierre, "La politique fédérale sur les revendications autochtones", *Recherches Amérindiennes au Québec*, 1991, vol. XXL, n° 1-2, p. 151-153.

GUREVIC Aron, "Représentations et attitudes à l'égard de la propriété pendant le Haut Moyen Age", *Annales ESC*, 1972, p. 523-547.

HILING Carol, "L'avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec et les peuples autochtones", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995) 228p, p. 134-140.

HOWES David, "La domestication de la pensée juridique québécoise", *Anthropologie et sociétés*, 1989, vol. 13, p. 103-125. (article stimulant et enthousiasmant)

HUGHES Ken, "Le Québec et le Canada face aux revendications autochtones", Documentation française, Problèmes politiques et sociaux, n° 749, 1995.

INGBER Léon, "Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit", GILISSEN John (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles : Éditions de l'université de Bruxelles, Institut de sociologie, 1972, 332p, p. 57-84.

ISSALYS Pierre, "La loi dans la culture juridique québécoise : sources et cheminement d'une idée", BOULAD-AYOUB Josiane, MELKEVIK Bjarne et ROBERT Pierre (dir.), *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Sillery et Paris : Presses de l'université de Laval et L'Harmattan, 1996, 498p, p. 289-326.

JAMIN Christophe, "Un modèle original : la construction de la pensée juridique française", *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, n° 596, 15 avril 2004.

JARNOUX Philippe, "La colonisation de la seigneurie de Batiscan aux 17^e et 18^e siècles : l'espace et les hommes", *RHAF*, vol. 40, n° 2, automne 1986, p. 163-191.

JOURNÉS Claude, "L'utilisation d'une forêt dans l'Ain au début du 19^e siècle : enjeux et conflits", *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, JOURNÉS Claude (dir.), Lyon : PUL, 1986, 164p, p. 39-64.

JOHNSON Tom, "In a manner of speaking : towards a reconstitution of Property in Mid-Nineteenth century Quebec", *Revue Mc Gill*, 1987, t. 32, n° 3, p. 636-672. (reprise des grandes lignes de sa thèse) sur le rapport de 1843 pour réformer la tenure seigneuriale. Même volume que Normand sur l'intégrité du droit civil.

KURTNESS Jacques, "Le point de vue des Innus", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995) 228p, p. 69-76.

LACOUTURE Jean, *Jésuites, une multibiographie*, t. 2 : *Les revenants*, Paris : Seuil, 1992, 568p. (chapitre VIII : missions et colonisations)

LAFON Jacques, "L'empire ottoman et les codes occidentaux", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 26 : De la codification/2, PUF, 1998, p. 50-69.

LAFONTAINE Alain, "La coexistence de l'obligation fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1995, vol. 36, p. 669-744.

LAJOIE Andrée, QUILININAN Henry, McDONALD Rod et ROCHER Guy, "Pluralisme juridique à Kahnawake ?", *Les Cahiers de Droit*, 1998, vol. 39, n° 4, p. 681-716.

LAPIERRE Nicole, *Pensons ailleurs*, Paris : Stock, coll. Un ordre d'idées, 2004, 301p.

LARUE Richard, "La codification des lois civiles du Bas-Canada et l'idée de loi naturelle", *Les Cahiers de Droit*, 1993, vol. 34, n° 1, p. 5-26.

LAUGA-SALLENAVE Carole, "Le clos et l'ouvert. Terre et territoire au Fouta-Djalon (Guinée)", BONNEMAISON Joël, CAMBREZY Luc, QUINTY-BOURGEOIS Laurence (dir.), *Les territoires de l'identité. Le territoire, lien ou frontière ?*, t. 1, L'Harmattan, coll. Géographie et culture, 1999, 315p, p. 43-55.

LAURIN Serge, "Les "troubles d'Oka" ou l'histoire d'une résistance 1760-1945", *Recherches amérindiennes au Québec*, 1991 vol. 21, n° 1-2, p. 87-92.

LAVIALLE Christian, "Du domaine public comme fiction juridique", *JCP* 1994, I, n° 3766, p. 259-265.

LEGENDRE Pierre, "L'histoire de l'administration et sa partie de droit privé. Quelques aspects de la question", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 431-441.

LEGENDRE Pierre, "Le ficelage institutionnel de l'humanité. Entretien avec Pierre Legendre" *Anthropologie et société*, vol. 13, n° 1, 1989, p. 61-76.

LEGENDRE Pierre, "Revisiter les fondations du droit civil", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, p. 639-644.

LEGENDRE Pierre, "Les dessous du raisonnement juridique", TIMSIT Gérard et PFERSMANN Otto (dir.), *Raisonnement juridique et interprétations*, Paris : Publication de la Sorbonne, 2001, 189p, p. 181-189.

LEGRAND Pierre, "Sur l'analyse différentielle de juriscultures", *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de Législation Comparée, 2000, 347p, p. 317-335.

LE ROY Étienne, "L'émergence d'un droit foncier local au Sénégal", CONAC Gérard, *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris : Economica, 1980, 509p, p. 109-140.

LE ROY Étienne et Mamadou WANE, "La formation des droits "non-étatiques", *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Abidjan-Dakar-Lomé : Les nouvelles éditions africaines, 1982, t. 1, 477p, p. 353-391.

LE ROY Étienne, "Enjeux, contraintes et limites d'une démocratisation d'une administration territoriale : les communautés rurales sénégalaises (1972-1980)", *Annuaire du tiers-monde*, vol. VIII, 1984, Actes du colloque "Démocratie locale et participation populaire dans les pays africains et arabes", Oran, mai 1982, p. 61-75.

LE ROY Étienne, "L'introduction du modèle européen de l'État en Afrique francophone. Logiques et mythologiques du discours juridique", *Décolonisation et nouvelles dépendances* COQUERY-VIDROVITCH (dir.), Lille : PUL, 1984, p. 81-122.

LE ROY Étienne, "La loi sur le domaine national a vingt ans : joyeux anniversaire ?", *Mondes en développement*, t. 13, n° 52 (spécial Sénégal), 1985, p. 667-685.

LE ROY Étienne, "Juristique et anthropologie", *Journal of legal pluralism and unofficial law*, n° 29, 1990, p. 5-21.

LE ROY Étienne, "La coutume et la réception des droits romanistes en Afrique noire", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. 51, 1990, p. 117-150.

LE ROY Étienne et HESSELING Gerti, "Le droit et ses pratiques", *Politique africaine*, n° 40, décembre 1990, p. 2-11.

LE ROY Étienne, "Les usages politiques du droit", COULON Christian et MARTIN Denis-Constant, *Les Afriques politiques. Introduction pluridisciplinaire à la politique en Afrique du sud du Sahara*, Paris : La Découverte, 1991, 300p, p. 109-122.

LE ROY Étienne, "Les enjeux de la gouvernamentalité", LE ROY Étienne, KARSENTY Alain, BERTRAND Alain (éds.), 1996, *La sécurisation foncière en Afrique - Pour une Gestion viable des ressources renouvelables*, Paris : Karthala, 1995, 388 p, p. 233-239.

LE ROY Étienne, "L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité", LAJOIE Andrée, McDONALD Roderick, JANDA Richard et ROCHER Guy (éd.), *Théories et émergences du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles/Montréal : Bruylant/Thémis, 1998, 266p, p. 29-43.

LE ROY Étienne (dir.), *Un passeur entre les mondes, le livre des anthropologues du droit, disciples et amis du Recteur Michel Alliot*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2000, 357p.

LE ROY Étienne, "Odologie, topocentrisme et géométrie, trois représentations d'espaces générant des modes complémentaires de sécurisation foncière et de maîtrises territoriales", *La question foncière en rapport avec l'environnement*, Poitiers : Icotem, 17 juin 2004, 23p.

LEYTE Guillaume, "*Imperium et dominium* chez les glossateurs", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1995, n° 22, p. 19-26.

LINTEAU Paul-André et ROBERT Jean-Claude, "Propriété foncière et société à Montréal : une hypothèse", *Revue d'Histoire de l'Amérique Française*, vol. 28, n° 1, juin 1974, p. 45-65.

MACKLEM Patrick, "First nations self-government and the borders of the Canadian legal Imagination", *Revue de droit de McGill*, 1991, 36 p. 384-456.

McAULEY Michael et TALPIS Jeffrey, "The Quebec trust in the 'real world'", Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1992, 426p, p. 55-72.

McCLEAN A.J., "The trust in the Civil Code of Quebec", Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Conférences sur le nouveau code civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1992, 426p, p. 89-108.

McDONALD Roderick. A., "Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées. L'hypothèse du pluralisme pour penser le droit", YOUNES Carole et LE ROY Étienne (dir.), *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société ?*, Paris : Karthala, 2002, 307p, p. 21-38.

McMURTRY William R., PRATT Alan, "Indians and fiduciary concept, self-Government and the Constitution : Guerin in perspective", *CNLR (Canadian Native Law Reporter)*, University of Saskatchewan, Native Law centre Saskatoon, 1986, 3, p. 19-46.

MAGASSOUBA Moriba, "La participation en milieu rural dans un pays en voie de développement : les communautés rurales au Sénégal", *Annuaire du tiers-monde*, vol. VIII, 1984, Actes du colloque "Démocratie locale et participation populaire dans les pays africains et arabes", Oran, mai 1982, p. 225-233.

MARÉCHAL-NANTEL J., "Nos lois civiles", *La Revue du droit*, 1923, 1, p. 266-276.

MATHIEU Jacques et alii, "Les aveux et dénombrements du régime français, (1723-1745)", *Revue d'Histoire de l'Amérique Française*, vol. 42, n° 4, 1989, p. 545-562.

MICHAUT Françoise, "Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 1990, n° 11 : Définir le droit, p. 107-117.

MIGNAULT Pierre Basile, "L'avenir de notre droit civil ", *Revue du droit*, (1922-23), 1, p. 104.

MIGNAULT Pierre Basile, "Les rapports entre le droit civil et la 'common law' au Canada, spécialement dans la province du Québec", étude présentée au Congrès de droit comparé tenu à La Haye, au cours de l'été 1932, *La Revue du droit*, 1932-33, 11, p. 201- 211.

MIGNAULT Pierre Basile, "Le Code civil de la province de Québec et son interprétation", *The University of Toronto Law Journal*, 1935, 1, p. 104-136.

MOLEUR Bernard, "Tradition et loi relative au domaine national (Sénégal)", *Droit et cultures*, n° 3, 1982, p. 27-59.

MOLEUR Bernard, "Genèse de la loi relative au domaine national", *Annales africaines*, Dakar, 1983-1985, p11-55.

MOLEUR Bernard, "La loi coloniale : son idéologie, ses contradictions", ROCHEGUDE Alain, VERDIER, Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris : L'Harmattan/CNRS, 1986, 296p, p. 79-100.

MOREL André, "L'émergence du nouvel ordre juridique instauré par le Code civil du Bas-Canada (1866-1890)", *Le nouveau Code civil : interprétation et application : Les journées Maximilien-Caron 1992, organisées conjointement par la Faculté de droit l'Université de Montréal et l'Association internationale de méthodologie juridique, les 13-14 mars 1992*, Montréal : Les éditions Thémis, 1993, 326p, p. 49-63, p. 49-63.

MORETEAU Olivier, "Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation", conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, 8 octobre 1999, 18p. (document internet)

MORIN Michel, "La perception de l'ancien droit et du nouveau droit français au Bas-Canada, 1774-1866", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1993, 597p, p. 1-41.

MUIR WATT Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n° 3, p. 503-527.

NICHOLAS Barry, "Le langage des biens dans la Common law", *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : Les biens et les choses, Sirey/CNRS, 1979, p. 55-65. (stimulant et pédagogique)

NOREAU Pierre et LAJOIE Andrée, "Peuples autochtones et gouvernance en contexte canadien : difficultés de l'autonomie gouvernementale autochtone et perspectives de recherche", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 165-180.

NORMAND Sylvio, "Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil", *Revue de droit McGill*, 1987, t. 32, n° 3 p. 559-601. (numéro spécial consacré à l'histoire québécoise du droit)

NORMAND Sylvio, "Le contrôle des hypothèques secrètes au XIX^e siècle ou la difficile conciliation de deux cultures juridiques et de deux communautés ethniques", *Recueil de droit immobilier*, Recueil préparé par la Société québécoise d'information juridique, (SOQUIJ) 1990, p. 169-201.

NORMAND Sylvio "La codification de 1866 : contexte et impact", GLENN Patrick Hugo (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville : Les éditions Yvon Blais, 1993, 597p, p. 43-62.

NORMAND Sylvio, "Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle", MELKEVIK Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Sainte Foy : PUL, 1998, 244p, p. 221-235.

NZOUANKEU Jacques Mariel, "Décentralisation et démocratie en Afrique", *Revue internationale de science administrative (RISA)*, 1994, vol. 90p, p. 255-270.

OPPETIT Bruno, "De la codification", BEIGNIER, Bernard, *La codification*, Paris : Dalloz, 1996, 224p, p. 7-18.

O'REILLY James, "La loi constitutionnelle de 1982 et le droit des autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1984, n° 25, p. 125-144.

OSMONT Annick, "La régularisation foncière à Dalifort (Dakar, Sénégal) ou comment se passer des communes", JAGLIN Sylvie, DUBRESSON Alain (dir.), *Pouvoirs et cité d'Afrique noire. Décentralisation en questions*, Paris : Karthala, 1993, 308p, p. 47-66.

OTIS Ghislain, "La critique des droits ancestraux : réflexions d'un juriste sur les thèses de Flanagan", FLANAGAN Thomas, *Premières nations ? : seconds regards*, Sillery : Septentrion, 2002, 304p, p. 217-226.

OTIS Ghislain, "La protection des religions autochtones : les trajectoires de l'action normative internationale", *Droit et culture*, n° 42, 2001/2, p. 29-37.

OTIS Ghislain, "Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones", *Les Cahiers de Droit*, 1999, vol. 40, n° 3, p. 591-620.

OTIS Ghislain, "Revendications foncières, "autochtonité", et liberté de religion au Canada", *Les Cahiers de Droit*, 1999, vol. 40, n° 4, p. 741-772.

OTIS Ghislain, "La tolérance comme fondement et limite de droits identitaires autochtones", DUMOUCHEL Paul, MELKEVIK Paul (dir.), *Tolérance, pluralisme et histoire*, Paris et Montréal : L'Harmattan, coll. Etiké, 1998, 224p, p. 95-105.

OTIS Ghislain, "Le dyptique Côté-Adams ou la préséance de l'ordre établi dans le droit postcolonial des peuples autochtones", Centre d'études constitutionnelles d'Edmonton : *Forum constitutionnel*, 1997, vol. 8, n° 3, p. 70-78.

OTIS Ghislain, "Opposing aboriginality to modernity : the doctrine of aboriginal rights in Canada", *British Journal of Canadian Studies*, 1997, vol. 12, n° 1, p. 182-194.

OUELLET Fernand, "L'abolition du régime seigneurial et l'idée de propriété", *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal : Hurtubise HMH, Cahiers du Québec, 1972, 379p, p. 319-346.

OUELLET Fernand, "Le régime seigneurial dans le Québec (1760-1854)", *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal : Hurtubise HMH, Cahiers du Québec, 1972, 379p, p. 91-110.

OUELLET Fernand, "Louis-Joseph Papineau (1786-1871)", *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal : Hurtubise HMH, Cahiers du Québec, 1972, 379p, p. 319-346.

OURLIAC Paul, "L'esprit du droit méridional", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouen, 1976, 713p, p. 576-594.

OURLIAC Paul, "Réalité ou imaginaire : la féodalité toulousaine", *ELLUL. Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 331-344.

PALLARD Henri, "L'État de droit devant la diversité culturelle. Construction et déconstruction d'une troisième voie", ARSAC Pierre, CHABOT Jean-Luc, PALLARD Henri (textes recueillis et présentés par), *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris : L'Harmattan, 1999, p. 307-320, 367p.

PASQUIER Roger, "Villes du Sénégal au XIX^e siècle", *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1960, t. 47, n° 168-169, p. 387-428.

PLANÇON Caroline, *Enjeux et gestion de l'espace urbain dans la commune de Saint-Louis du Sénégal*, mémoire de maîtrise de l'Université Gaston Berger (Sénégal), sous la direction de Samba Traoré, 1998, 67p.

PLANÇON Caroline, *Interprétations des droits fonciers en regard des représentations de l'espace à Saint-Louis, Sénégal*, mémoire de DEA de l'université Panthéon-Sorbonne Paris I, sous la direction d'Alain Rochegude, 1999, 124p.

PLANÇON Caroline, "Les relations entre religions et politique vues par la presse sénégalaise", GUDIN Monique, LOUVEL Julie, PLANÇON Caroline et ROLLAND Florence, *L'élection présidentielle 2000 au Sénégal et la presse sénégalaise*, mémoire de DULCO de wolof de l'INALCO, sous la direction de Moustapha Diop, 2000, 154p, p. 35-60.

PLANÇON Caroline, Note de lecture de la thèse de Mahamoudou Saïd "Dynamique séculaire de sécurisation foncière par une approche spontanée de 'gestion patrimoniale' aux Comores". *Retour au foncier. Cahiers d'anthropologie du droit*, LAJP et Karthala, n° 26, 2001, p. 181-200.

PLANÇON Caroline, "Cultures juridiques et pratiques dans les logiques foncières urbaines à Saint-Louis (Sénégal)", *Le courrier de Juristes-Solidarités*, n° 25, juin 2002, p. 5.

PLANÇON Caroline, "Réception de la pyramide dans le contexte de pluralisme juridique sénégalais", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro spécial : le droit en perspective interculturelle, sous la direction de Christoph Eberhard, 2002, n° 49, p. 137-158.

PLANÇON Caroline avec ADONON Akuavi et VERSINI-CAMPINCHI Pauline, "Variations sur le pluralisme juridique : au carrefour de trois cheminements", *Les pluralismes juridiques. Cahiers d'anthropologie du droit*, LAJP et Karthala, 2003, p. 65-80.

PLANÇON Caroline, "Cultures juridiques. Approche comparative, Sénégal-Québec", BISANSWA Justin K. et TÉTU Michel (dir.), *"Francophonie en Amérique" Quatre siècles d'échange. Europe-Afrique-Amérique*, Actes du colloque "Francophonie en Amérique" organisé à Québec les 26-29 mai 2003, Québec, CIDEF-AFI, 2005, 288p, p. 221-234.
<http://www.ulaval.ca/afi/colloques/colloque2003/perspectives/plancon.html>

PLANÇON Caroline, "L'anthropologie juridique ou la vie rêvée d'une apprentie-juriste", *Anthropologie et Droit. Intersections et confrontations. Cahiers d'anthropologie du droit*, 2004, et *Revue Droit et cultures*, LAJP et Karthala, hors-série 2004/4, p. 313-322.

PLANÇON Caroline, "La gouvernance et la diversité des cultures de la régulation juridique. Illustrations au Sénégal et en France", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 223-240.

PLANÇON Caroline et ADONON Akuavi, "La diversité des approches de la gouvernance. Détour par le Canada et le Mexique", *Cahiers d'anthropologie du droit, Juridicités. Témoignages réunis à l'occasion du 40^e anniversaire du Lajp*, Paris : LAJP et Karthala, 2006, p. 71-80.

POIRIER Jean, "Les catégories de la pensée sauvage", *Bulletin de la société française de philosophie*, séances du 26 février 1983, t. 77, p. 79-102.

POLLMANN Christopher, RABAULT Hugues, "La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif", *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 121-151.

POLY Jean-Pierre, "Les légistes provençaux et la diffusion du droit romain dans le Midi", *Mélanges Roger Aubenas*, Montpellier, Recueil SHDE, IX, 1974, p. 613-635.

POUMAREDE Jacques, "Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse (Les débuts de l'école française de droit historique)", *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, JOURNÉS Claude (dir.), Lyon : PUL, 1986, 164p, p. 95-112. (pluridisciplinarité et propriété.)

POUMAREDE Jacques, "La coutume dans les pays de droit écrit", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 232-250.

PRATT Alan, "Aboriginal self-government and the crown's fiduciary duty : squaring the circle or completing the circle", *N.J.C.L (National Journal of Constitutional Law)*, 1992, 2, p. 163-195. (Relatif à l'arrêt Sparrow, article assez virulent sur l'ethnocentrisme judiciaire)

PROULX Jean-René, "La révision de la loi sur les Indiens", *Recherches amérindiennes au Québec* (RAAQ), 1983, vol. 13, p. 59-60.

PROUZET Michel et KOBO Pierre-Claver, "Le problème foncier en milieu péri-urbain", ROCHEGUDE Alain, VERDIER Raymond (dir.), *Systèmes fonciers à la ville et au village*, Paris : L'Harmattan/CNRS, 1986, 296p, p. 281-296.

REULOS Michel, "Les juristes humanistes et la coutume de Normandie", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 605-613.

RIALS Stéphane, "Veritas iuris. La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 26, de la codification/2, PUF, 1998, p. 101-182.

RIGAUDIÈRE Albert, "Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles", *Archives de philosophie du droit*, t. 41 : le privé et le public, Sirey/CNRS, 1997, p. 83-114.

RIVARD Adjutor, "Contre-rendu sur le *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, n° 4-6, 1924", *Revue du droit*, 1925, n° 3, p. 233-235. (discussion avec Pierre Lepaulle sur l'intégrité du droit civil).

RIVERO Jean, "Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur les recours pour excès de pouvoir", *Recueil Dalloz, Chronique* 1962, p. 37-40.

ROBERT Stéphane, "Puisque et le dos en wolof, tempête dans le signifié", *Le gré des langues*, Paris : L'Harmattan, 1990, p. 82-92.

ROCHEGUDE Alain, "De la pyramide au réseau ? De la nécessité du politique dans la production du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro spécial : le droit en perspective interculturelle, sous la direction de Christoph Eberhard, 2002, n° 49, p. 117-136.

ROCHEGUDE Alain, "Le "Droit d'agir", une proposition pour la "bonne gouvernance foncière", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 59-72.

ROCHEGUDE Alain, "Le foncier, une préoccupation constante, un champ d'expertise reconnue", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Juridicité, Paris : LAJP et Karthala, 2006, p. 83-92.

RONDINELLI Dennis A. et MINIS Henry P., "Restructuration administrative en vue d'un ajustement économique : politique de décentralisation au Sénégal", *Revue internationale de science administrative (RISA)*, 1990, vol. 56, n° 3, p. 535-557.

ROULAND Norbert, "Pour une lecture anthropologique et inter-culturelle des systèmes fonciers", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 1, 1985, p. 73-90.

ROULAND Norbert, "Chronique d'anthropologie juridique", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 3 : La coutume, 1986, p. 142-154.

ROULAND Norbert, "On ne peut penser le droit", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 10 : Définir le droit/1, 1989, p. 77-79.

ROULAND Norbert, "Les colonisations juridiques de l'Arctique à l'Afrique noire", *Journal of legal pluralism and unofficial law*, 1990, p. 39-136.

RUBELLIN Michel, "Biens et revenus ecclésiastiques : la doctrine des évêques carolingiens (milieu VIII^e-milieu IX^e siècle)", *L'hostie et le denier : les finances ecclésiastiques du haut Moyen Âge à l'époque moderne : actes du colloque de la Commission internationale d'histoire ecclésiastique comparée*, Genève : Labor et Fides, 1991, 302p, p. 25-36.

RUDDEN Bernard, "Les biens et le trust", LEGRAND Pierre, *Common law. D'un siècle l'autre*, Montréal : Blais, 1992, 528p, p. 253-274.

SAGANASH Diom Roméo "La convention de la baie James et du Nord québécois et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995) 228p, p. 126-133.

SALL Babacar, "Anétatisme et modes sociaux de recours", CODESRIA/GEMDEV, *L'État en Afrique : indigénisations et modernités*, Actes du colloque du 18-19 mai 1995, Paris : Cahier du GEMDEV, 1996, n° 24, 207p, p. 169-176.

SCHMITT Carl, "Le droit comme unité d'ordre et de localisation", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 11 : Définir le droit/2, 1990, p. 77-84.

SCHNEIDER Jean, "Les gens d'alleu dans le droit messin du Moyen Age", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 615-622.

SEVERIN Evelyn, "Coutume et jurisprudence dans les théories du droit privé reçues en France. (XIX^e siècle et début du XX^e siècle), JOURNÉS Claude (dir.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Lyon : PUL, 1986, 164p, p. 137-157.

SINOUE Alain, "Habiter à Bamako et à Saint-Louis du Sénégal", LE BRIS Émile, MARIE Alain, OSMONT Annick, SINOUE Alain, *Famille et résidence dans les villes africaines Dakar, Bamako, Saint-Louis et Lomé*, Paris : L'Harmattan, 1987, 267p, p. 71-114.

SLATTERY Brian, "Understanding aboriginal rights", *Revue du barreau canadien*, 1987, vol. 66, p. 727-783.

De SOUSA SANTOS Boaventura, "Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit", *Droit et sociétés*, n° 10, 1988, p. 363-389.

SOW SIDIBE Amsatou, "Politique juridique et État de droit au Sénégal. L'exemple du droit familial", ARSAC Pierre, CHABOT Jean-Luc, PALLARD Henri, (textes recueillis et présentés par) *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris : L'Harmattan, 1999, 367p, p. 165-184.

TANCELLIN Maurice, "Comment un droit peut-il être mixte ?", préface de WALTON Frederick P., *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto : Butterworths, 1980 (1^e éd. 1907), 141p, p. 1-32.

TERRE François, "Une pyramide", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 11 : Définir le droit/2, 1990, p. 63-66.

THIEME Hans, "Le "droit commun germanique" du moyen âge fantaisie, des professeurs du XIX^e siècle ou réalité ?", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 663-670.

THIREAU Jean-Louis, "Hugues Doneau et les fondements de la codification moderne", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 26 : De la codification/2, PUF, 1998, p. 81-100.

TIMBAL Pierre-Clément, "Coutume et jurisprudence en France au Moyen Age", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 227-232.

TIMBAL Pierre-Clément, OURLIAC Paul, "Le droit privé dans les villes du midi de la France", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1983, t. 8 : La ville, p. 115-124 et p. 125-131.

TIMSIT Gérard, "M le Maudit, Relire Montesquieu", *Mélanges René Chapus*, Monchrétien, 1992, p. 617-632.

TROPER Michel, "La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek", *Revue du droit public*, 1978, 6, p. 1523-1536.

TRUDEL Marcel, "Les obligations du censitaire, à l'époque des Cent-associés", *Revue d'Histoire de l'Amérique Française*, vol. 27, n° 1, juin 1973, p. 5-41.

TRUDEL Pierre, "Les Mohawks ont-ils découvert Jacques Cartier ?", *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 21, n° 1-2, 1991, p. 53-57.

TUNC André, "Coutume et common law", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 3 : La coutume, 1986, p. 51-61.

VACHON Robert, "L'étude du pluralisme juridique. Une approche diatopique et dialogale", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 29, 1990, p. 163-173.

VACHON Robert, "Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité", *Conférence donnée au séminaire "Pluralisme et Société", Discours alternatifs à la culture dominante*, Institut Interculturel de Montréal, 15 février 1997.
(<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/amis/vachon4.htm>)

VANDERLINDEN Jacques, "Le pluralisme juridique, essai de synthèse", John GILISSEN, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles : Éditions de l'université de Bruxelles, Institut de sociologie, 1972, 332p, p. 19-56.

VANDERLINDEN Jacques, "Return to legal pluralism: twenty years later", *Journal of legal pluralism and unofficial law*, n° 28, 1989, p. 149-157.

VANDERLINDEN Jacques, "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, 1993-2, p. 573-583.

VANDERLINDEN Jacques, "La coutume dans le droit français des "pays de coutumes" aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 282-291.

VANDERLINDEN Jacques, "Rendre la production du droit aux "peuples"", *Politique africaine*, n° 62, (Le Cameroun dans l'entre-deux), juin 1996, p. 83-94.

VANDERLINDEN Jacques, "La réception des systèmes juridiques européens au Canada. Regards d'un historien du droit sur ses origines", *Revue de la common law en français*, 1996, vol. 1, p. 1-43.

VEDEL Georges, "Indéfinissable mais présent", *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 11 : Définir le droit/2, 1990, p. 67-71.

VILLEY Michel "Liminaire : données historiques", *Archives de philosophie du droit, Logique juridique*, t. XI, 1966, p. VII.)

VILLEY Michel, HILAIRE Jean et TURLAN Juliette, "Les mots et la vie. La pratique depuis la fin du moyen âge", *Droit privé et institutions régionales, études historiques offertes à Jean Yver*, Paris : PUF et Publications de l'Université de Rouan, 1976, 713p, p. 369-387.

VILLEY Michel, "Préface historique", *Archives de philosophie du droit*, t. 24 : Les biens et les choses, 1979, Sirey/CNRS, p. 2-7.

VILLEY Michel, "Sur une maladie de la section historique du droit", *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris : PUF, 1983, 865p, p. 396-408.

VINCENT Sylvie, "Le Québec et les Autochtones : trois décennies de rapports politiques", TRUDEL Pierre (dir.), *Autochtones et Québécois. La rencontre des nationalismes*, Montréal : Recherches amérindiennes au Québec, coll. "Dossiers", 1995, (Actes du colloque tenu le 28-29 avril 1995) 228p, p. 116-125.

WAELEKENS Laurent, "La théorie de la coutume à l'école de droit d'Orléans (XIII^e siècle)", *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1990, vol. 52, p. 33-39.

WEAVER Sally M., "Les attitudes du gouvernement fédéral face aux revendications autochtones", *Recherches amérindiennes au Québec*, 1983, vol. 13, n° 3, p. 183-198.

WEBBER Jeremy, "Rapports de force, rapports de justice : la genèse d'une communauté normative entre colonisateurs et colonisés", BELLEY Jean Guy (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris : L.G.D.J. 1996, p. 113-149.

ZENATI Frédéric, "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", *Revue trimestrielle de droit civil*, avril-juin 1993, p. 305-324.

ZOLTANY Yves, "Esquisse de la coutume de Paris", *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 25, 3, (déc. 1971), p. 365-384.

Thèses et mémoires

MENGUE Mbaye, THIONGUE Ousmane, *Restructuration et régularisation des quartiers spontanés. Perspectives pour une meilleure gestion foncière urbaine*, Université Gaston Berger, Saint-Louis, Rapport de stage de maîtrise, département droit, 1996.

NGOM Kader Fanta, *Pratiques de mise en valeur du domaine national comprises dans les communautés rurales : l'exemple de Gamadji Saré*, Saint-Louis, Université Gaston Berger, Rapport de stage de maîtrise de droit, 1995, 62p.

EBERHARD Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel. Vers un désarmement culturel pour un Droit de Paix*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000, 464p.

EBERHARD Christoph (dir), *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, numéro spécial : le droit en perspective interculturelle, 2002, n° 49, 346p.

EBERHARD Christoph (dir), *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, 376p.

GIANOLA-GRAGG Elizabeth, *La sécurisation foncière, le développement socio-économique et la force du droit. Le cas des économies ouest-africaines de plantation (la Côte-d'Ivoire, le Ghana et la Mali)*, Thèse pour le doctorat en droit, 1998, 400p.

GRABOWSKI Jan, *The common ground settled natives and French in Montréal 1667-1760*, Thèse (Ph.D.) en histoire, Université de Montréal, 1993, 445p.

LE ROY Étienne, *Système foncier et développements rural. Essai d'anthropologie juridique sur la répartition des terres chez les Wolof ruraux de la zone arachidière nord (République du Sénégal)*, Thèse de droit, Université de Paris, 1970, 291p.

LE ROY Étienne, *Éléments d'une théorie des rapports de l'homme à la terre en Afrique noire*, Thèse pour le doctorat en Ethnologie, Université de Paris VII, 1972.

LIWERANT O. Sara, *L'aporie du droit face à la logique meurtrière des crimes contre l'humanité et des génocides. Approches criminologique et anthropologique*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris-X Nanterre, 2004, 627p.

QUINQUEREZ-FINKEL Isabelle, *L'imaginaire juridique des familles africaines en France. Représentations et stratégies juridiques de migrants d'Afrique noire en France et au Québec*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 1992.

ROCHEGUDE Alain, *Le droit de la terre au Mali. Un aspect juridique du développement économique*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne, 1976, 2 t., 459p.

SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales dans la pêche maritime piroguière. Conditions de travail et modes de vie des pêcheurs de Guet Ndar de Saint-Louis du Sénégal*. Thèse de 3^e cycle en sociologie, Université Toulouse le Mirail, 1985, 706p.

TRAORE Samba, *Les systèmes fonciers dans la vallée du fleuve Sénégal : exemple de la zone soninké de Bakel. Canton de Goy Gajaaga. Communauté rurale de Moudéri*, Thèse pour le doctorat d'État en droit, Dakar, 1991, 482p.

VIVIER Nadine, *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France, 1750-1914*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne Paris I, 1998, 322p, puis, Paris : Publications de la Sorbonne, 1999, 352p.

Documents multimédia : pages internet et film

LAMOTTE Arthur, *La conquête de l'Amérique I*, 1992, film de 76 min. Les films d'Arthur Lamotte sont visionnables à la Cinémathèque québécoise, 335 bd Maisonneuve Est, à Montréal.

LAMOTTE Arthur, *Obomsawin-Kanehsatake, 270 ans de résistance*, 11 juillet 1990, 1993, Film de 119 min.

Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones* (5 volumes) vol. 1 : *Un passé, un avenir*, vol. 2 : *Une relation à définir* (deux parties), vol. 3 : *Vers un ressourcement*, vol. 4 : *perspectives et réalités*, vol. 5 : *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Ottawa : ministère des Approvisionnements et services, groupe de communication Canada, 1996. Consultable sur un site de la Bibliothèque Université de l'Université de Montréal, sur <http://www.libraxis.com/rcap/index/html>

GARRETT Hardin, "The tragedy of the commons", *Science*, n° 162, déc. 1968, p. 1243-1248. Consultable sur <http://www.constitution.org/cmt/tragcomm.htm>

Textes législatifs et réglementaires

Décrets domaniaux et fonciers applicables dans la colonie du Sénégal

Décret du 20 juillet 1900 relatif au Domaine public du Sénégal et dépendances, étendu à l'AOF par décret du 23 octobre 1904 portant organisation du domaine, unifiés par le décret du 28-29 septembre 1926 sur le domaine public.

Décret du 2 mai 1906 instituant un mode de constatation écrite des conventions passées entre indigènes.

Décret du 24 juillet 1906 portant organisation du régime de propriété foncière dans les colonies et territoires de l'AOF, BOC p. 681.

Instructions du 26 octobre 1906 pour l'application du décret du 24 juillet 1906 du Gouverneur général de l'AOF, JOAOF p. 597.

Décret de 8 octobre 1925 instituant un mode de constatation des droits fonciers des indigènes en AOF, JOAOF du 14 octobre 1925, Recueil Dareste, 1926, 1, p. 94 et Penant, 1926, 3, p. 51.

+ Rapport au président de la République relatif au décret de 8 octobre 1925 instituant un mode de constatation des droits fonciers des indigènes en AOF du 8 octobre 1925 du Ministre André Hesse.

+ Circulaire au sujet du décret instituant un mode de constatation des droits fonciers des indigènes du 18 novembre 1925 du gouverneur Carde.

Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation de la propriété foncière en AOF, JOAOF du 29 avril 1933, p. 426.

Décret domanial de l'AOF du 15 novembre 1935 abrogeant le décret du 23 octobre 1904 et portant réglementation des terres domaniales en AOF, JOAOF 1935, p. 1066.

Décret 55-580 du 20 mai 1955 portant réorganisation foncière et domaniale en AOF et AEF, JOAOF du 22 septembre 1956, p. 1806.

Sénégal indépendant : Lois et Décrets

Loi 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, JORS du 11 juillet 1964, p. 905.

Loi 66-47 du 27 mai 1966 abrogeant et remplaçant le Code l'urbanisme, JORS du 25 juin 1966, p. 705.

Loi 72-02 du 1^{er} février 1972 relative à l'organisation de l'Administration territoriale.

Loi 72-25 du 19 avril 1972 relative aux communautés rurales.

Loi 76-66 du 2 juillet portant Code du domaine de l'État, JORS n° 4506 du 28 juillet 1976, p. 1110.

Loi 76-67 du 2 juillet 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique et aux opérations foncières d'utilité publique, JORS du 28 juillet 1976, p. 1118.

Loi 81-13 du 4 mars 1981 portant Code de l'eau, JORS du 11 mars 1981, p. 412.

Loi 85-15 du 25 février 1985 abrogeant et remplaçant l'article 5a du Code du domaine de l'État, JORS du 9 mars 1985, p. 139.

Loi 87-11 du 24 février 1987 autorisant la vente de terrains domaniaux destinés à l'habitation situés en zones urbaines, JORS du 14 mars 1987, p. 324.

Loi 88-05 du 20 juin 1988 portant Code de l'urbanisme, JORS du 16 juillet 1988, p. 419.

Loi 94-64 du 22 août 1994 autorisant la vente des terrains domaniaux à usage industriel et commercial.

Loi 95-12 du 7 avril 1995 autorisant la vente des hôtels et des réceptifs touristiques.

Loi 96-06 et 96-07 du 22 mars 1996 portant Code des collectivités locales et transfert de compétence aux régions, aux communes et aux communautés rurales, JORS n° 5689 du 20 mai 1996.

Décret 64-573 du 30 juillet 1964 fixant les conditions d'application de la loi 64-46, JORS du 29 août 1964, p. 1183.

Décret n° 66-858 du 7 novembre 1966 portant application de l'article 5 de la loi du 17 juin 1964 relative au domaine national et fixant les conditions de l'administration des terres du domaine national à vocation agricole situées dans les zones urbaines.

Décret 67-252 du 8 mars 1967 portant sur l'extension du périmètre communal de la ville de Saint-Louis, JORS n° 3883, p. 466.

Décret 72-1288 du 27 octobre 1972 relatif aux conditions d'affectation et de désaffectation des terres du domaine national comprises dans les Communautés rurales, JORS du 18 novembre 1972, p. 1194.

Décret 81-557 du 21 mai 1981 portant application du Code du domaine de l'État en ce qui concerne le domaine privé, JORS du 5 mai 1981, p. 820.

Décret 87-271 du 3 mars 1987 portant application de la loi 87-11 autorisant la vente de terrains domaniaux situés en zones urbaines, JORS du 14 mars 1987, p. 326.

Décret 96-1100 du 18 décembre 1996 déclarant d'utilité publique le projet de restructuration et de régularisation foncière du quartier de Pikine à Saint-Louis et prescrivant l'immatriculation, au

nom de l'État, des immeubles nécessaires à sa réalisation, JORS n° 5723 du 28 décembre 1996, p. 594.

Décret 96-1122 et 96-1123 relatif à la convention type fixant les conditions et les modalités d'utilisation des services extérieurs de l'État et relatif à l'utilisation par les collectivités locales des services extérieurs de l'État, JORS n° 5722 du 27 décembre 1996.

Décret 96-1130 portant application de la loi de transfert de compétence aux régions, aux communes et aux collectivités rurales en matière de gestion et d'utilisation du domaine privé de l'État, du domaine public et du domaine national, JORS n° 5722 du 27 novembre 1996.

Arrêtés et rapports sénégalais

Arrêté n° 6-288 du 26 mai 1970 relatif aux demandes d'autorisation de construire dans les zones urbaines sur des terrains faisant partie du domaine national.

Rapport de la Commission de la Législation et de la Justice de l'Assemblée Nationale, Juin 1964, Dakar, Direction de l'Aménagement du Territoire, Lois, décrets et circulaires concernant le domaine national, 1970, p. 13.

Communication auprès du conseil économique et social, "Le problème foncier au Sénégal", 1996, 24p, *Journal des Actes du Conseil économique et social*, 2^{ème} session ordinaire 1996, Avis et recommandations, Dakar, août 1997.

Rapport d'évaluation des ateliers régionaux de l'Association des Présidents de Conseil rural, préparé par Amadou Niang du cabinet G.T.T. Multi consult, en vue du Séminaire national sur le Projet de réforme foncière, 1999, 27p.

Séminaires d'information et de sensibilisation sur le projet de réforme foncière, rapport final de l'atelier national du 16 et 17 décembre 1999, préparé par Amadou Niang du cabinet G.T.T. Multi consult, janvier 2000, 51p.

Conseil national de concertation et de coopération des ruraux (CNCR), Séminaire national des ruraux sur la réforme foncière, Dakar, 12 – 15 janvier 2004, Déclaration finale, 2p.

Circulaires n° 77 du 25 juillet 1972 et n° 118 du 14 novembre 1972 sur l'organisation territoriale et sur les communautés rurales.

Textes législatifs québécois

Acte pour rendre valides les transports de terres et autres propriétés immeubles tenues en franc et commun socage dans la province du Bas-Canada, et pour d'autres fins y mentionnées, S. B.-C. 1829, c.77.

Acte concernant l'abolition du retrait lignager, 1855, 1861, S.R.B.-C., c. 3.

Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure, Statuts de la province du Canada, 1857, 20 Vict, c. 43

Acte concernant les rentes foncières, les rentes constituées et les rentes viagères (1859), 1861, S.R.B.-C., c. 50.

Jurisprudence relative aux questions amérindiennes

Arrêts de la Cour suprême canadienne

St Catherine's Milling and Lumber c. R., 1887, 13 SCR p. 577

Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique, 1973, RCS 313 (droits ancestraux)

Baker Lake c. Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien, 1980, 1 C.F., 518

Guérin c. La Reine, 1984, 2 RCS, 335 (sur le statut des réserves et la relation de fiducie)

R. c. Sparrow 1990, 1 RCS, 1075 (le test de fiducie)

R. c. Côté, 1996, 3, RCS, 139.

R. c. Gladstone, 1996, 2 RCS, 723

R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd, 1996, 2 RCS, 672

R. c Van der Peet, 1996, 2, RCS, 507

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, 1997, 3 RCS, § 137 (titre ancestral)

Arrêts américains

Johnson c. M'Intosh en 1823 (8 Wheaton p. 543),
Cherokee Nation c. State of Georgia en 1831 (5 Peters p. 1),
Worcester c. State of Georgia en 1832 (6 Peters p. 515)

Index

A

Abolition des privilèges, 231
Accord de la 'Paix des Braves', 484
Accord d'entente (Innus), 485
Acculturation, 65, 307, 457
Acculturation juridique, 65, 260, 264, 295, 348, 351, 373, 377, 392, 480, 511, 526
Acte de l'Amérique du Nord Britannique (1867), 372
Acte de Québec (1774), 357
Acte extinctif de droit ancestral, 499
Action directe/utile, 206
Administration, 81, 280, 293, 315, 328
Alleu, 214, 223, 228, 271, 407
Altérité, 59, 112, 145, 260, 302
Analphabétisme, 191
Animisme *Voir* Religion du terroir
Anthropologie juridique, 59, 88, 100, 118
Appropriation, 236, 259, 272, 277
Architecture juridique, 76
Archives judiciaires, 183
Arrêts de règlement, 169
Arrêts Marly (1711), 338, 406
Artefact, 9, 63, 75, 237
Autodétermination, 479
 Externe/interne, 480
Autorisation de construire, 435, 439
Autorisation d'occuper, 442, 525
Autorité, 143, 211, 215, 222, 353
 Autorité du juge, 382
 Autorité du père, 358
 Autorité du roi, 226
Aveux et dénombremments, 337
Avocat, 75, 82, 85, 192, 376, 408

B

Bail emphytéotique, 205, 227, 441, 443, 449, 520, 525
Bande indienne, 463, 503
Banque mondiale, 446
Bidonville, 435, 518
Bien corporel/incorporel, 209, 246, 424
Bien immeuble, 423
Biens de l'Église, 214, 215
Biens publics mondiaux, 545
Bijuridisme, 200, 413

Bilinguisme, 416
 Traduction, 360, 425

C

Cadastre, 410, 414, 449
Canada Tenures Act, 406
Canada Trade Act, 406
Cantons de l'Est, 367, 411, 412
Cartulaire, 164
Catégorie juridique, 208, 242, 523
Catholicisme, 138, 143, 304, 356, 361, 376
Censive, 204, 227, 338, 409
Centralisation, 63, 109, 169, 333, 358
Centralisme, 110, 139, 252
Certificat administratif, 387, 389, 391, 415
Certificat de concession colonial, 526, 528
Certificat du chef coutumier, 436
Charte canadienne des droits et libertés, 471, 507
Chef de canton, 344
Chef de quartiers, 531
Chef traditionnel, 289
Chemin de fer, 291, 409, 515
Christianisation, 304, 393
 Jésuites, 281, 302
 Sulpiciens, 281, 353, 503
Circulaires interprétatives, 388
Citoyenneté, 252, 343, 344, 466
 Statut personnel, 347
 Sujet du roi, 359
 Sujet français, 347, 352, 357, 363, 501
Civilisation, 65, 95, 238
Classe de juristes, 88
Code culturel, 46, 79, 198
Codification, 195, 196, 200, 351
 Code civil au Sénégal (1830), 348, 388
 Code civil du Bas-Canada (1866), 370, 374, 378
 Code civil du Québec (1994), 379
 Code civil français, 235, 371
 Code de l'eau (1981), 523
 Code de l'administration communale, 448
 Code de l'urbanisme, 438
 Code des collectivités locales, 453
 Code domanial de 1790, 235
 Code du domaine de l'État, 441, 448, 516, 523

- Code Michau, 223
 - Codifier, 60
 - Interprétation des codes, 374
 - Kant et le Code civil, 241
 - Livre ouvert, 378
 - Colonie agricole, 271, 288, 290, 311, 526
 - Comité des droits féodaux, 232
 - Common Law, 25, 102, 201, 373
 - Communauté rurale, 437, 447, 451
 - Communaux, 214, 215, 219, 233
 - Commune, 233, 343, 431, 448, 521
 - Compagnie marchande, 277
 - Compagnie des Cent-Associés, 282, 336
 - Compagnie des Indes occidentales, 282, 330, 336
 - Compagnie d'Occident, 283
 - Compagnie du Cap-Vert et du Sénégal, 284, 286
 - Comparaison (Méthodes et finalités), 57, 63, 133, 165, 192
 - Complexité, 26, 384, 394, 416, 474
 - Comptoir commercial, 285, 310, 526
 - Confédération canadienne, 372, 462, 464
 - Conférences constitutionnelles, 471, 474, 476
 - Conflit, 91, 94, 145, 163, 166, 198, 244, 278, 292, 348, 445, 473
 - Conformisme, 44
 - Conquête britannique, 277, 279, 354
 - Conseil de bande, 463
 - Conseil d'État, 346
 - Conseil privé de Londres, 356
 - Conseil rural, 437, 452
 - Conseil Supérieur du Québec, 332
 - Contrainte sociale, 105
 - Contrôle de légalité, 455
 - Convention 169 de l'OIT, 467, 484, 488, 491
 - Convention de la Baie James (1975), 468, 473, 484
 - Corpus juris civilis, 90, 176
 - Institutes de Justinien, 140, 200, 212
 - Cour d'appel de l'AOF, 321, 347, 389
 - Cour de cassation, 346, 347
 - Cour suprême, 382, 427, 462, 496, 503
 - Coutume, 37, 190, 239, 290, 348
 - Coutumes bonnes ou mauvaises, 166, 169
 - Coutumes contra legem, 94
 - Coutumes notoires, 168, 482
 - Coutumes personnelles, 163
 - Coutumes urbaines, 171, 177
 - Coutumes/redevances, 164, 290, 292
 - Coutumiers AOF, 350
 - Coutumiers français, 184
 - Droit coutumier unifié, 189
 - Géographie coutumière, 170, 173
 - Homologation des coutumes, 349
 - Preuve des coutumes, 166, 183
 - Rédaction des coutumes, 349
 - Rédaction officielle, 181
 - Territorialisation des coutumes, 163
 - Théorie coutumière, 166
 - Coutume de Normandie, 330
 - Coutume de Paris, 330, 360, 365, 377
 - Croyances, 32, 296, 524, 530
 - Culte de la loi, 239
 - Culte des ancêtres, 289, 296, 299
 - Mort, 297
 - Culturalisme, 65, 493
 - Culture de l'oralité, 379, 386
 - Culture juridique, 27, 72, 79, 200, 458, 498
- D**
- Décalage discours/pratiques, 73, 212, 384
 - Décentralisation, 431, 439, 447
 - Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 199, 231, 253
 - Déclaration d'utilité publique, 439, 520
 - Déconcentration, 447, 451
 - Déguerpissement, 314, 513, 529
 - Démythification, 82
 - Désaffectation, 525
 - Différences, 54, 92, 141, 150, 306, 349, 430
 - Digeste, 88
 - Discours, 267, 462
 - Discours administratif, 440
 - Discours judiciaire, 494, 504, 507
 - Discours juridique, 87, 113
 - Registre de discours, 464
 - Registre de langue, 57
 - Doctrines, 83, 266, 375, 388, 509
 - Doctrines des domaines *Voir* Estate
 - Doctrines des tenures, 421
 - Domaine casuel, 218, 235
 - Domaine de la Couronne, 214, 217, 336
 - Domaine de l'Église, 215
 - Domaine d'Occident, 336
 - Domaine éminent, 205, 218, 289, 316, 387
 - Domaine national, 431, 516, 522, 525
 - Droit d'usage à titre gratuit, 528
 - Immatriculation au nom de l'État, 520, 527, 528
 - Occupant du domaine national, 441

- Zones des terroirs, 434
- Zones urbaines, 434
- Domaine national français, 235
- Domaine privé de l'État, 315, 444, 517
- Domaine privé du roi, 217
- Domaine public, 213, 219, 235, 316
- Domaine public artificiel, 524
- Domaine public maritime, 434
- Domaine public naturel, 522
- Domaine royal, 214
- Domaine utile, 226, 228, 232, 250
- Domanialité publique, 237
- Domination légale-rationnelle, 396
- Dominium, 208, 210, 213, 243
- Don ad opus, 420, 422
- Douaire, 413
- Droit administratif, 138, 390, 393
- Droit canon, 138, 216
- Droit comparé, 8, 82, 377
- Droit de concession, 315
- Droit de retrait, 228
- Droit de réunion, 339
- Droit de superficie, 206, 443, 449
- Droit de triage, 221
- Droit des gens, 140, 144, 270, 272
- Droit d'occupation précaire, 318
- Droit international public, 272
- Droit méridional, 175
- Droit naturel, 97, 240, 249
- Droit normand, 174, 201
- Droit positif, 79, 80, 93, 105, 236, 378, 394, 424, 518
- Droit romain, 89, 176
 - Majoration du droit, 181
 - Renaissance, 88
 - Résistance au droit romain, 179
- Droit subjectif, 99, 193, 201, 242, 248, 255
- Droits ancestraux, 462, 488, 490, 506
- Droits ancestraux existants (Art. 35), 472, 492
- Droits collectifs, 318, 320, 386, 391
- Droits coutumiers, 387, 437
- Droits d'agir, 246
- Droits d'usage, 219, 386, 498, 528
- Droits fonciers traditionnels, 349, 388, 431, 440, 501, 516
 - Constatation, 390
 - Reconnaissance, 315
- Droits issus des traités, 472
- Droits originaires, 402

- Droits réels, 210, 226, 242, 251, 337, 385, 411, 443, 517, 528
- Enregistrement des droits réels, 410, 505

E

- École de droit d'Orléans, 164, 177
- École de droit historique, 239, 245
- École de l'exégèse, 239, 375
- Ecole des Annales, 33
- École des glossateurs, 88, 174
- École domaniale, 218
- École du droit naturel, 98, 99, 193
- Écrit, 188
 - Écrit et pouvoir, 187
 - Écriture du droit, 86, 269, 348
 - Pouvoir de l'écrit, 191, 196
 - Rationalité de l'écrit, 140
 - Sacralisation de l'écrit, 186
 - Snobisme de l'écrit, 186
 - Symbolisme du droit écrit, 180
 - Textualité et homogénéité, 379
- Égalité, 107, 194, 252, 255, 347, 446
- Égalité des droits successoraux, 365
- Églises privées, 216
- Équité/Equity, 381, 427
- Esclavage, 253, 303
- Espace public, 130, 203
- Établissement *Voir* Réserve
- Établissement du roi, 162
- État, 94, 535
 - Carence de l'État, 519, 521
 - État colonial, 385, 438
 - État et pluralisme juridique, 103
 - État et raison, 133, 146
 - État interventionniste, 110
 - État-gendarme, 110
 - État-Totem, 150
 - Pays de Réforme et État, 143
 - Personnification étatique, 131
 - Relation individu/État, 130
 - Représentation pyramidale, 127
- État français contre D'Almeida (Arrêt), 321
- Ethnocentrisme, 61, 117
- Etudes de droit, 74
- Évolutionnisme juridique, 144, 146, 341
- Exclusivité de l'occupation, 498
- Exégèse, 196, 199
- Exode rural, 446
- Exo-transmissibilité, 389
- Expropriation, 254, 440, 446, 454, 516

F

Féodalité, 171, 203, 215, 225, 247, 339, 419
Feudistes, 207, 215, 221, 224
Fiction juridique, 130, 155, 213, 237, 246, 377, 424, 494, 523
Fiducie, 404, 417, 425
 Code civil du Bas-Canada, 425
 Code civil du Québec (1994), 424, 427
 Equitable owner, 427
 Fiduciaire (Trustee), 425
 Jésuites, 503
 Legal owner, 427
 Obligation du fiduciaire, 462, 489, 506, 507
 Patrimoine d'affectation, 428
 Patrimoine d'appropriation, 424
 Patrimoine sans titulaire, 428
 Relation fiduciaire, 503, 504
Fief, 204, 225, 338, 363
Fiscalité, 222
 Civisme fiscal, 456
 Impôt équitable, 456
Fonction symbolique, 36, 77, 119
Force du droit, 105
Frontière, 260

G

Gestion patrimoniale, 234
Glossateurs, 212, 218, 242
Gouvernance, 263, 401, 488
Gouverneur du Sénégal, 342, 343
Gouverneur général (Nouvelle-France), 332
Gouverneur général de l'AOF, 346, 387
Grande Paix de Montréal (1701), 278, 475
Grandes découvertes 15^e siècle, 257
Groupes sociaux, 53, 65, 70, 78, 85, 99, 110, 115, 130, 150

H

Habitant, 272, 501, 527
Habitus, 37, 52
Héritage, 226, 365
Hybridation du droit québécois, 369
Hypothèque, 443

I

Identité, 44, 74, 266, 335, 340, 344, 358, 360, 376, 466, 483, 493, 533
Idéologie coloniale, 263, 286, 385
Imaginaire juridique, 45, 77, 148, 151, 247

Immatriculation, 322, 385, 386, 435, 439
Imperium, 212
Indianité, 466
Individu, 31, 69, 107, 194
Individualisation de la propriété, 439
Individualisme, 132, 139, 171, 178, 233
Institutions, 40, 60, 69, 76, 147
Intégrité du droit civil, 369, 377, 383
Intégrité territoriale du Québec, 476, 479
Intendant, 282, 332, 361
Intérêt à agir, 528
Intérêt général, 438, 454
Interlégalité, 116
Interprétation juridique, 39, 98, 198, 266, 358, 389, 472, 507
Interprètes monothéistes, 142
Inventivité juridique, 533
Islam, 129, 136, 142, 291, 295, 347
Islam soufi, 291, 296
 Mouvement maraboutique, 291
 Murid, 294, 296, 392
 Tijaan, 292, 294

J

Juge, 81, 167, 180, 200, 239
Juge québécois, 374, 381
Juridicisation, 88
Juridicité, 88, 102
Juridisme, 188
Jurisprudence, 83, 168, 315, 375
Jurisprudence américaine, 498
Jurisprudence amérindienne
 Calder (1973), 468, 490
 Continuité juridique des droits, 494
 Côté (1996), 482
 Delgamuukw (1997), 474, 481, 496
 Guérin (1984), 489, 502, 505
 Moyen de preuve, 493
 Sparrow (1990), 471, 492, 506
 Sparrow (test), 508
Juristique, 101
Jus commune, 420

L

Laïcisation, 86, 133, 136, 141
Lambaye, 50
Langage juridique, 50, 425
Langue, 47, 208, 358
Lecture critique, 41, 58, 74, 78, 97, 113, 158, 184, 339

Légalité, 36, 39, 74, 87, 118, 161, 194, 215, 239, 455, 521
 Législateur, 81, 199
 Légistes, 73, 83
 Légitimation, 36, 344
 Légitimité du droit, 36, 92, 101, 157, 264, 389, 457, 458, 510, 522
 Légitimité légale-rationnelle, 146
 Léviathan, 132
 Liberté, 44, 180, 534
 Libre arbitre, 37, 69
 Lods et ventes, 337, 366, 409
 Loi, 97, 105, 134
 Loi Quia Emptores, 419
 Loi sur les Indiens, 466, 473
 Lois civiles du Canada, 359
 Sauvegarde des lois civiles, 362
 Lotissement, 310, 519
 Loyalistes, 359, 411

M

Maître de terre, 293, 431, 455
 Majorité, 546
 Mémoire collective, 68, 128, 136, 158, 224
 Mentalité juridique, 76, 202
 Métissage, 282, 311, 345, 373, 399, 511
 Minorité, 465
 Mise en valeur, 205, 280, 316, 338, 353, 387, 437, 445, 526
 Modèle juridique, 26, 396, 461, 533
 Modernité, 142, 158, 186, 222, 274, 393
 Modes de pensée, 32
 Monastères, 217
 Monde invisible, 297
 Montage juridique, 157, 217, 237, 351, 424, 432, 507
 Montagnais *Voir* Innus dans Peuple autochtone
 Morale et droit, 141, 154
 Multijuridisme, 116
 Mythe (notion), 157
 Mythe juridique, 147, 152, 160, 395
 Mythe politique, 274, 332
 Mythologies juridiques, 43, 84, 120

N

Négociations particulières et globales, 484
 Nitassinan, 485
 Nomade juridique, 378
 Nomades, 129, 276, 300, 500

Nomos, 130
 Norme, 34
 Hiérarchie des normes, 151, 383
 Norme écrite, 74, 94, 264
 Norme fondamentale, 151, 155
 Notaire, 81, 86, 179, 408, 444

O

Obéissance au droit, 37, 39, 166
 Désobéissance civile, 191
 Objectivité, 58, 94, 288
 Occupation légitime, 279, 312, 437
 Occupations précaires, 388
 Olim, 184
 Ordonnance de Montil-les-Tours, 188
 Ordonnance de Moulins, 217
 Ordonnancement juridique, 325
 Ownership, 418, 426

P

Pape, 140, 172, 215, 259, 420
 Papier terrier, 337
 Paradoxe juridique, 264, 518
 Parlement de Paris, 171, 184
 Parlement de Rouen, 330
 Parlementaires, 83
 Participation, 451, 488
 Pas géométriques, 316, 524
 Paternalisme, 302, 503
 Patrimoine, 245, 247
 Patrimonialisation des tenures, 209, 214, 216, 223, 226
 Peul, 309, 531
 Peuple autochtone, 464
 Algonquins, 278, 307, 356, 482
 Cris, 469
 Haudenosaunee (Iroquois), 278, 302, 356
 Innus (Montagnais), 278, 485
 Inuits, 469, 470
 Musqueams, 506
 Naskapis, 469
 Nishga'a, 492
 Physiocrates, 233, 250
 Pluralisme judiciaire, 111
 Pluralisme juridique, 102, 117, 412, 533
 Politique d'assimilation, 282, 341, 395, 407, 467, 475, 526
 Politique de l'habitat, 442
 Politique patrimoniale, 439, 441
 Politique urbaine, 287, 435

Positivisme juridique, 98, 108, 151, 154, 169, 190, 252
 Possession légitime, 209, 421, 483, 522, 528
 Pouvoir temporel, 138, 273
 Pouvoir traditionnel, 453
 Pratiques juridiques, 351, 402, 461, 513
 Précaire, 217
 Précédent judiciaire, 183
 Préjugé, 26, 74, 186, 364, 486
 Prince, 86, 169, 190, 209, 212, 394
 Principe de continuité d'occupation, 499
 Principe d'inaliénabilité, 235, 290, 319, 497
 Principe du précédent *Voir* Stare decisis
 Prise de possession de terre, 272, 276, 300, 308
 Conquête juste, 274
 Procédure d'aliénation, 228
 Proclamation royale (1763), 279, 357, 481, 496, 501, 505
 Professionnels du droit, 388, 417, 522
 Propriété, 197, 202, 218, 255, 404, 426
 Protestantisme, 142, 281, 356
 Publicistes, 84
 Publicité des droits, 391
 Pyramide, 146, 149

Q

Quartier spontané, 513, 519

R

Rachat des droits féodaux, 232, 407, 409
 Raisonnement juridique, 74, 88, 123, 156, 185, 242, 351, 376, 494
 Rang, 283
 Rapatriement de la Constitution, 464, 471, 476
 Rapport de force, 293, 328, 358, 462, 478, 533
 Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, 492
 Rationalisation juridique, 87, 182
 Rationalité, 94, 120, 197, 198, 535
 Rationalité juridique, 26, 129, 182, 238
 Réaménagement urbain, 518, 520, 527, 528
 Rébellion des Patriotes (1837), 407, 412
 Régime dit 'hypothécaire', 515
 Régime du Code civil, 526
 Régime seigneurial, 277, 335
 Abolition du régime seigneurial, 364
 Acte de foi et hommage, 337

Adage/Nul franc-alleu sans titre, 223
 Adage/Nulle terre sans seigneur, 222
 Crise des seigneuries, 214
 Réaction seigneuriale, 221
 Seigneur canadien, 280
 Seigneur français, 211
 Seigneuries collectives, 354
 Seigneurs laïcs, 215
 Seigneurs religieux, 282, 302
 Registre juridique, 29, 151, 351, 355, 394
 Régularisation foncière, 519, 525, 530
 Régulation, 17, 115, 145, 546
 Religion, 299
 Religions du terroir, 296
 Représentation, 31, 35, 533
 Représentations collectives, 35
 Représentations de la propriété, 242
 Représentations de l'espace, 264, 394, 523
 Représentations de l'espace local, 257
 Représentations de l'État, 395
 Représentations du droit, 27
 Représentations du territoire, 230, 479
 Représentations individuelles, 41
 Système de représentations, 77, 80, 91, 119, 491, 522
 Transmission des représentations, 29, 42, 45, 395
 Réseaux, 44, 104, 107, 118, 320, 547
 Réserve, 282, 304, 354, 468, 474, 502
 Résistance, 518, 523
 Responsabilité, 150, 328, 474, 499, 548
 Responsabilité civile, 428
 Responsabilité partagée, 483
 Retrait lignager, 404, 415
 Revendications amérindiennes, 417, 429, 462, 468, 475, 478, 485, 490, 498
 Révolution médiévale de l'interprète, 140, 142
 Revue du droit, 377

S

Sacralité, 491, 524
 Sacralité de la terre, 289, 319, 432, 528
 Saisine, 209, 418, 421
 Sanction, 105
 Science, 27, 54, 60, 78, 98, 104, 120, 147, 422
 Scolastique, 132, 141, 244
 Sécularisation, 128, 141, 217
 Sécurisation foncière, 415, 528

Serment royal du sacre, 213, 218
 Service public, 138, 343
 Soccage, 364, 406
 Socialisation, 36, 38, 46
 Socialisation des juristes, 74, 80
 Société britannique du Haut-Canada, 340
 Société civile, 111, 127, 195, 252
 Société de Saint-Louis, 311
 Société du Bas-Canada, 372
 Société féodale, 211
 Société française, 358
 Société iroquoise, 305
 Société québécoise, 369, 384, 477
 Société wolof, 46, 294
 Sociétés africaines, 297
 Sociétés autochtones, 358, 465, 507
 Souveraineté, 203, 211, 213, 218, 273, 275, 293, 359, 396, 477, 479, 510
 Spectre de droits, 495
 Spéculation immobilière, 450
 Stare decisis, 351, 381
 Statut indien, 466, 474
 Statut personnel, 348
 Statuts méridionaux, 167, 176
 Style de pensée, 79
 Succession d'État, 203, 289
 Système Torrens, 385

T

Taxes de mutation, 228
 Terre réservée *Voir* Réserve
 Terre-mère, 277
 Terres vacantes et sans maître, 269, 318, 321, 387
 Territoire, 129, 251, 260
 Territoire colonial, 354
 Terroir, 452
 Théorie de la découverte, 271, 504, 509
 Théorie de la directe universelle, 223, 225
 Théorie de la possession, 251
 Théorie des droits ancestraux, 509
 Théorie des statuts, 163
 Théorie domaniale, 322

Théorie du domaine divisé *Voir* Théorie du double domaine
 Théorie du domaine public, 211
 Théorie du double domaine, 204, 214, 218
 Théorie du gallicanisme, 172
 Théories physiocrates, 222
 Titre ancestral, 480, 495
 Titre d'occupation, 528
 Titre foncier, 525, 526
 Tradition juridique, 78, 153, 156
 Traite de la fourrure, 283, 335, 354
 Traite de la gomme, 288
 Traite de l'arachide, 291
 Traité de Ndiaw 1819, 288, 290
 Traité de Paris (1763), 334, 359
 Traité Sioui (1760), 497
 Transcription hypothécaire, 348, 385, 410
 Transfert de droit, 393, 458
 Emprunt juridique, 457, 533
 Greffé juridique, 397, 457
 Trust, 418, 424, 426

U

Unification, 124
 Union des deux Canada (1841), 368
 Unité du droit, 82, 160
 Univers mental, 78
 Universalisme, 63
 Urbanisation, 345
 Usage, 166, 190, 348, 496
 Use, 420
 Utilité publique, 446, 454

V

Validité, 59, 390
 Ville, 215, 284, 314, 344, 528
 Ville africaine, 517
 Ville coloniale, 345
 Violence, 145, 162, 187, 191, 294, 485
 Violence légitime, 518

W

Wampum, 356, 500
 Wolof, 48, 57

Index Auteur

A

Alliot, 14, 60, 65, 66, 78,
83, 99, 101, 119, 124,
143, 158, 185, 395, 535
Amselek, 156
Arendt, 15, 191
Arnaud, 397
Assier-Andrieu, 161, 190
Atias, 93, 95, 152, 241,
251
Aubenas, 86, 205
Aubry, 245
Azon, 167

B

Badie, 133, 137, 141, 393,
396
Balandier, 26, 33
Balduin, 167
Balon, 225
Bamba, 292, 295, 296, 524
Barry, 286, 288, 293
Bart, 162, 170, 205, 222,
231, 232
Barthes, 59, 123, 152, 157
Bartole, 163, 167, 218, 243
Bastide, 67
Beaumanoir, 169, 184
Belleperche, 164, 166
Belley, 103, 105, 115, 116,
353, 380
Bentham, 7, 369
Besnier, 281, 330, 336,
409
Bissonnette, 485
Blackstone, 200, 276
Boas, 47, 57, 63
Boilat, 288, 311
Bonnardel, 291, 311, 343,
443, 514, 519, 529
Bourdieu, 36, 37, 44, 52,
67
Boureau, 88, 201
Brierley, 418, 426
Brown, 280, 332, 408
Brun, 380, 495

C

Cantin-Cumyn, 429
Carbasse, 87, 162, 169,
175, 177, 189
Carbonnier, 106, 134, 149,
249
Castoriadis, 11, 77, 78,
101
Caverivière, 435, 439, 516
Chapus, 236, 237
Chaunu, 104, 136, 259
Coicaud, 19, 36, 87, 145
Colbert, 189, 282, 334
Collignon, 297, 544
Coquery-Vidrovitch, 121,
345
Cruise O'Brien, 344
Cuche, 38, 63, 64, 66
Cugnet, 362

D

Dareste, 388, 389
Dechêne, 335, 339, 340
Delâge, 305, 335, 353
Delmas-Marty, 546
Dépatie, 282, 338, 353
Diop A. B., 294
Diop M.C., 344, 448
Diouf, 344, 448
Douglas, 68, 69, 76, 79
Duby, 217, 224
Duguit, 105, 237, 255
Dumont, 53
Dumont F., 280, 405
Dupuis, 463, 467, 476,
485, 487, 506
Durkheim, 30, 40, 64, 66,
79
Dworkin, 382

E

Eberhard, 12, 78, 116
Ellul, 181
Engelhard, 258

F

Faidherbe, 286, 287, 293,
315, 343, 514
Flanagan, 301
Frégault, 283, 328, 333

G

Gaius, 196, 201, 209, 424
Garrett, 234
Gaudemet, 166, 171, 174,
216
Gazzaniga, 85, 161, 190,
211, 227
Gény, 78, 153
Georges III, 359, 361, 362
Gicquel, 13
Glélé, 297
Glenn, 25, 363, 404, 420,
422
Gouron, 163, 175, 181
Grammond, 493, 507, 508
Grandclaude, 225
Grégoire VII, 140
Griffiths, 112
Guillaume le Conquérant,
410, 418
Gurevic, 90, 208, 224, 257
Gurvitch, 111, 112, 113

H

Habermas, 19, 546
Hauriou, 77, 105, 236
Hersch, 257
Hilaire, 13, 81, 173, 178,
180, 240
Hobbes, 97, 132, 133, 149
Howes, 374, 378, 379

I

Inérius, 88
Ingber, 109, 111
Issalys, 368, 371, 375, 416

J

Jamin, 98

Jèze, 82, 84
Jodelet, 35, 64
Justinien, 88, 140, 174,
180, 200, 204, 212

K

Kane, 450
Kant, 92, 95, 131, 156,
241, 251, 260, 266, 276
Kelsen, 94, 135, 150, 153,
154, 186, 252
Kerchove, 547
Klimrath, 173, 240
Kolish, 337, 364, 407
Kouassigan, 320, 539
Koyré, 257

L

Lagroye, 136
Lajoie, 113, 357, 465, 482
Latour, 11, 20, 79, 213
Lavialle, 235, 237
Le Bras, 216
Le Clézio, 49
Le Roy, 16, 37, 41, 50, 53,
78, 101, 102, 117, 121,
350, 433, 437, 440, 453,
458, 459
Legendre, 12, 25, 68, 73,
81, 82, 91, 95, 127, 133,
136, 139, 149, 188, 332
Legrand, 25, 74, 80, 93,
102, 200, 238, 384, 458
Leiris, 62
Lenoble, 75, 80, 120, 185
Lévi-Strauss, 47, 54, 67,
114, 150
Lévy-Bruhl, 16, 31, 64, 65
Leyte, 210, 213
Long, 237

M

Maréchal-Nantel, 359,
361, 362, 370
Marshall, 504
Martin, 54, 56
Mathieu, 337
Mauss, 64
Mbagnick, 514, 519

McDonald, 53, 466
McDonald, 117
Melkevik, 76, 301, 370,
380
Meynial, 181
Mignault, 360, 371, 374,
376, 379, 382
Moleur, 288, 433, 438,
516, 526
Montesquieu, 11, 79, 83
Muir Watt, 8

N

Ndiaye, 50
Nicholas, 420, 424, 427
Normand, 75, 113, 270,
302, 336, 352, 357, 370,
373, 404, 411, 468

O

Occam, 421
Olivier-Martin, 89, 149,
162, 173, 184, 213, 219,
228, 235
Ost, 10, 75, 80, 92, 113,
120, 153, 185, 198, 547
Otis, 301, 498, 540
Ourliac, 165, 174, 180,
210, 227, 255

P

Patault, 209
Penant, 389
Philippe le Bel, 172, 175
Philonenko, 96, 135
Placentin, 88, 167
Pluchon, 266, 281, 297,
334
Poirier, 530, 531
Pollmann, 119, 254
Poly, 175
Portalis, 191, 195, 240
Pothier, 244, 270, 371
Poumarède, 177, 179, 181,
240
Pratt A., 495, 510

R

Rabain, 46, 47

Rau, 245
Rials, 183, 186, 187, 429
Ricœur, 33, 40
Rivard, 377
Rivero, 11
Robert S., 49
Rochegude, 246, 288, 319,
386, 391, 449, 455, 539
Romano, 77
Rouland, 9, 13, 92, 104,
109, 110, 112, 115, 151,
160, 191, 289, 319, 465

S

Sacco, 8, 57, 58, 82, 188,
192, 197, 202, 248, 249,
425
Sall, 397, 512
Sapir, 47
Savigny, 239, 240
Schmitt, 77, 129, 154, 274
Senghor, 433
Sinou, 310, 312, 518, 519
Sinou, 312
Sousa Santos, 118

T

Talon, 334, 335, 338
Tancellin, 373, 374, 377,
550
Thaler, 114, 126
Timbal, 167, 175, 180
Timsit, 16, 79, 83, 114,
195, 196, 199, 200
Tocqueville, 334
Traoré, 531
Troper, 15, 156
Trudel, 303, 337, 339, 354,
360
Tunc, 381
Tylor, 63

V

Vachon, 72, 117
Vanderlinden, 103, 105,
107, 114, 117, 187, 330
Vedel, 92, 94, 192
Verdier, 288, 319

Villey, 60, 96, 99, 135,
197, 210, 242, 247
Vincent, 475, 481, 485,
541
Vitoria, 81, 273, 274, 308

W

Waline, 236

Wallot, 335, 339
Walton, 359, 362, 376
Weber, 15, 30, 31, 87, 128,
146, 186, 344
Whorf, 47
Woodman, 27, 115

Y

Yver, 174

Z

Zenati, 243, 244
Zoltvany, 330

Index toponymique

A

Avignon, 175

B

Baie James, 468, 473
Bas-Canada, 282, 331, 357, 364, 367, 403,
413, 425
Beauce, 283
Bognona, 520
Bologne, 88, 166, 177
Bouët-Ville, 311

C

Canada, 475, 483, 494, 499
Cantons de l'Est, 367, 411
Charlottetown, 478
Chibougamau, 487
Colombie-Britannique, 492, 505
Côte de Beaupré, 283

D

Dakar, 50, 292, 322, 343, 433, 446, 515
Dalifort, 457, 520
Diamagueune, 514
Djourbel, 51

E

États-Unis, 143, 362, 405, 412, 496, 504
Europe, 90, 126, 136, 142, 156, 223, 252,
300, 395, 503

F

Fatick, 51
Fuuta Tooro, 291, 292

G

Gamadji Saré, 437
Gandon, 450
Ginginnew, 51
Gokhu Mbacc, 529
Gorée, 343, 448, 515
Gorum, 523
Grande-Bretagne, 143, 359, 419, 499
Guet Ndar, 287, 310, 313, 512, 521

H

Haut-Canada, 267, 340, 414

I

Île de Bocos, 286
Île de Montréal, 353
Île de Ndar, 286
Île d'Orléans, 283, 308

J

Jëss, 523
Jolof, 285, 291

K

Kahnawake, 279, 355
Kajoor, 288, 291, 292, 318, 322, 344
Kaolack, 51
Khor, 530

L

La Grande (rivière), 469
Labrador, 470, 481
Lac Meech, 478
Lac-Des-Deux-Montagnes, 353, 355
Lambaye, 51

Lampsar, 523
Langue de Barbarie, 312, 524, 528
Liberté 1, 530
Lille, 49
Lorette, 308, 497

M

Manitoba, 477
Montpellier, 89, 167, 175, 178
Montréal, 284, 305, 353, 414

N

Ndar, 287
Ndar Tutt, 312, 529
Ngalam, 523
Ngallèle, 449, 521, 530
Normandie, 170, 174, 184, 220, 330, 418
Nouveau-Québec, 469
Nouvelle-Beauce, 283
Nouvelle-France, 215, 246, 277, 300, 329, 351
Nunavik, 272
Nunavut, 272, 466, 470

O

Oka, 279, 353, 355
Orléans, 89, 164, 177

P

Paris, 87, 171, 184, 189, 225, 330
Perpignan, 49
Pikine, 449, 457, 512, 517

Q

Québec, 472, 475, 483
Québec (ville), 307, 414

R

Richard-Toll, 443, 520
Richelieu (rivière), 305, 367
Rouen, 330
Rufisque, 51, 343, 448

S

Saalum, 291
Saint-Laurent, 278, 353
Saint-Louis, 286, 292, 309, 343, 402, 431, 440, 448, 455, 512, 515
Sénégal, 57, 219, 284, 296, 308, 341, 385, 430, 459, 501
Sénégal (fleuve), 292, 522
Sénégalie, 271, 286, 291
Sept-Îles, 485
Septimanie, 178
Sillery, 307, 354
Sor, 292, 311, 448

T

Tadoussac, 336
Trois-Rivières, 414

V

Vancouver, 506

W

Waalo, 288, 318, 344, 526

Annexes

Annexe I : Chronologies des trois contextes d'étude Canada/Québec, France et Sénégal

Annexe II : Cartes du Sénégal

Annexe III : Cartes du Canada, Québec et localisations des Premières Nations

Annexe IV : Descriptif des entretiens effectués à Saint-Louis (1997/1998)

Annexe V : Les entretiens et recherches effectués au Québec (1999-2005)

Annexe VI : Les représentations de l'espace et du temps : le mythe de Mame Kumba Bang à Saint-Louis au Sénégal et le mythe innu de Nérézio et Nippé au Québec

Annexe VII : Pays de droit écrit et pays de coutumes dans la France médiévale

Annexe VIII : Les Amérindiens connus des Français à l'époque des Cent-associés

Annexe IX : Carte du peuplement dans la région de Québec-ville au 17^e siècle

Annexe X : Représentation graphique du "rang" québécois

Annexe XI : Plans de la ville de Saint-Louis

Annexe XII : Indications pour la prononciation du wolof

Annexe XIII : Les royaumes précoloniaux au Sénégal

Annexe XIV : Le mythe de fondation de Guet Ndar

Annexe XV : Carte des seigneuries de la région de Montréal au 17^e siècle

Annexe XVI : Loi sur le domaine national au Sénégal

Annexe XVII : Tableau gestion domaniale et foncière au Sénégal

Annexe XVIII : Traités numérotés et revendications amérindiennes au Canada

Annexe XIX : Populations autochtones au Québec (au 31 décembre 2000)

Annexe XX : Application des lois provinciales canadiennes en matière autochtone

Annexe XXI : Extrait de la Proclamation royale de 1763 et évolution territoriale du Québec

Annexe XXII : Évolutions territoriales des territoires canadien, indien et québécois

Annexe XXIII : Étapes d'application de l'article 35 de la *Constitution* canadienne

Annexe XXIV : Décret 96-1100 du 18 décembre 1996 déclarant d'utilité publique, le projet de restructuration et de régularisation foncière du quartier de Pikine à Saint-Louis, JORS, 28 décembre 1996, p. 594.

Annexe I : "Chronologie" : quelques repères au Canada/Québec, France et Sénégal

Nouvelle-France-Bas-Canada-Québec	France/Europe	Sénégal
Anciens foyers de population d'origine asiatique (traversée du détroit de Béring)	<p>6^e siècle : Œuvre législative de Justinien (Code, Digeste et Institute)</p> <p>884 : Dernier capitulaire carolingien</p> <p>1076 : Découverte du Digeste : les compilations de Justinien, point de départ de la renaissance du droit romain</p> <p>1074-1085 : Réforme de Grégoire VII (Querelles des investitures, Révolution médiévale de l'interprète)</p> <p>1144 : 1^e établissement capétien</p> <p>1219 : Enseignement du droit romain interdit à Paris par le Pape Honorius III et Philippe le Bel</p> <p>1251 : Ordonnance royale constatant l'existence de deux zones de droit (<i>consuetuduo gallicana</i> et <i>jus scriptum</i>)</p> <p>1270 : Ordonnance sur les coutumes</p> <p>1280 : Coutumier de Philippe de Beaumanoir</p> <p>1292 : Traduction du <i>Libri feudorum</i></p> <p>1454 : Ordonnance de Montil-les-Tours (Charles VII) Rédaction des coutumes</p> <p>1493 : Bulle pontificale de partage du monde entre Espagnols et Portugais</p>	<p>10^e : Guet Ndar est occupé par ses premiers habitants.</p> <p>13^e : Empire du Mali</p> <p>14^e : Apparition de l'empire du Jolof</p> <p>15^e : Empire du Songhaï</p> <p>1446 : Découverte du Sénégal par le portugais Denis Fernandez</p> <p>16^e : Dislocation de l'empire du Jolof en royaumes wolof du Waalo, du Kajoor et du Bawol</p>
1500 : Exploration portugaises à Terre-Neuve et du Labrador		
1534 : 1 ^e voyage de Jacques Cartier (François 1 ^e)	1535 : Ordre des Jésuites, fondé par Ignace de Loyola	

<p>1539 : <i>De indis et de Jure. Belli relectiones de Francisco de Vitoria</i></p> <p>1602 : Traité franco-innu 1608 : Champlain fonde l'<i>Habitation</i> à Québec 1609 : Apparition du nom "Nouvelle- France" 1615 : Arrivée des Récollets 1620 : Monopole des "de Caën" 1627 : Compagnie des Cent-associés créée par Richelieu Bénéficiaire de la 1^e concession de fief 1632 : Arrivée des Jésuites.</p> <p>1640 : Introduction des coutumes de Paris, de Normandie et du Vexin en Nouvelle-France 1648-1652 : Guerre Iroquois/Hurons 1649 : Massacres de missionnaires Jésuites 1655 : Fin première guerre Haudenosaunees</p> <p>-----</p> <p>1663 : La Nouvelle-France, colonie royale et création du Conseil supérieur du Québec 1664 : Compagnie des Indes Occidentales 1665-1667 : Traité de paix avec les Haudenosaunees</p> <p>1674 : Diocèse de Québec. (François de Laval) et suppression de la Compagnie des Indes occidentales</p> <p>1680-1701 : 2^e guerre iroquoise 1681 : Fin de l'immigration (10000 habitants)</p> <p>21 juillet 1701 : Grande Paix de Montréal 1711 : Arrêts Marly 1713 : Traité d'Utrecht fin de la guerre de succession d'Espagne (1713-1744 : Paix de 30 ans) 1716 : Coutume de Paris seule applicable</p>	<p>1566 : Ordonnance de Moulin sur le domaine public</p> <p>1572 : Massacre de la Saint-Barthélemy. 1579 : Révision de la coutume. (Henri III)</p> <p>1629 : Le Code Michau généralise la directe royale</p> <p>1648 : Paix de Westphalie (Fin de la guerre de Trente Ans) 1651 : <i>Le Léviathan de l'anglais Thomas Hobbes</i></p> <p>1663 : Colbert</p> <p>1667 : Edit sur les communaux 1669 : Ordonnance sur les eaux et forêts (droit de triage des communaux)</p> <p>1685 : Le Code noir, une des codifications de Louis XIV 1689/1697 : Guerre de la Ligue d'Augsbourg 1697 : Traité de Ryswick</p> <p>1701/1713 : Guerre de succession d'Espagne</p>	<p>1626 : Compagnie de Rouen</p> <p>1633 : Création de la Compagnie du Cap-Vert par Richelieu. 1638 : 1^e habitation fixe française</p> <p>1659 : Fondation du comptoir de Saint-Louis sur l'île de Ndar</p> <p>1664 : Compagnie du Sénégal (Négociant Apaugny)</p> <p>1673 : Compagnie du Sénégal 1673-1677 : Guerre des marabouts fin du mouvement maraboutique suite à la coalition du Waalo, du Kajor et du Fuuta Tooro</p> <p>1693 : Occupation anglaise (6 mois)</p> <p>1709 : Compagnie des marchands de Rouen</p>
--	---	---

<p>1717 : Compagnie d'Occident (puis des Indes) Concessions de fief aux Sulpiciens à Oka</p> <p>1736 : Colonisation de la Nouvelle-Beauce 1739 : Recensement</p> <p>1755 : "Le grand dérangement" : déportation des Acadiens par les Britanniques dans le Sud des États-Unis 13 sept 1759 : Défaite de Montcalm à Québec 18 sept 1759 : Capitulation de Québec 1760 : Traité Sioui G^{al} Murray et Hurons de Lorette 8 sept 1760 : Capitulation de Montréal</p> <p>-----</p> <p>1763 : Traité de Paris. Disparition de la Nouvelle-France (Québec = 15^e colonie anglaise d'Amérique du Nord Britannique. ANB) (7 oct Proclamation de Georges III) 1764 : Ordonnance du 17 septembre supprimant les justices seigneuriales. 1765 : 1^e incident avec les colons anglais.</p> <p>1774 : Acte du Québec. Réintroduction du droit privé 1775 : Début guerre d'indépendance (4/7) 1776 : Déclaration d'indépendance des 13 colonies. 1777 : Victoire américaine Saratoga</p> <p>1783 : Traité de Versailles (Reconnaissance de l'Indépendance américaine par les Anglais) Arrivée des loyalistes anglais en ANB 1790 : Projet d'ordonnance de réforme du régime seigneurial. (échec)</p> <p>-----</p> <p>1791 : Acte constitutionnel du Canada. (Haut-Canada (futur Ontario) et Bas-Canada (futur Québec) La constitution demandée et octroyée du type parlementaire britannique.</p>	<p>1717 : John Law au ministère des Finances 1723-1749 : Maurepas, ministre de la Marine</p> <p>1740/1748 : Guerre de succession d'Autriche 1748 : Traité d'Aix-la-Chapelle</p> <p>1754-1760 : Guerre de Sept Ans</p> <p>1763 : Traité de Paris</p> <p>1772 : <i>Traité de droit du domaine de propriété</i> Pothier</p> <p>1783 : Traité (de Versailles) Grande-Bretagne/France</p> <p>1789 : Abolition des privilèges (4/5 Août) Création de la commune (14/12) 1790 : Code communal Liquidation des droits féodaux</p> <p>1791 : Loi d'Allarde et Le Chapelier sur les corporations Révolte à Saint-Domingue (23 août) 1792 : Annulation rétroactive des triages depuis 1669 1793 : Suppression du rachat des droits féodaux Loi sur les communaux 1794 : Abolition de l'esclavage par la Convention</p>	<p>1717 : Compagnie des Indes et du Mississipi</p> <p>1725 : Islamisation des Peuls</p> <p>1758-1779 : Occupation anglaise de Saint-Louis.</p> <p>1764 : Le Métis Charles Thévenot, Premier maire de Saint-Louis</p> <p>1767 : Suppression du monopole de la traite négrière au Sénégal</p> <p>1776 : Création de l'État théocratique toucouleur au Fouta 1779-1809 : Conseil de justice mis en place</p> <p>1783 : Saint-Louis et le Sénégal reviennent aux Français 1784 : Compagnie de Guyane (monopole traite de la gomme) 1786 : Compagnie du Sénégal</p> <p>1791 : Suppression du régime des compagnies à privilège : Fin du monopole de la Compagnie du Sénégal par l'Assemblée constituante</p>
--	--	--

<p>1812 : Guerre anglo-américaine 1814 : Traité de Gand</p> <p>1821 : Fusion des Compagnies de la Baie d'Hudson et du Nord-Ouest 1822 : Canada Trade Act 1823 : Arrêt Johnson c. M'Intosh ("Théorie de la découverte" du Juge Marshall) 1825 : Canada Tenures Act 1826 : Création du parti patriote de Papineau</p> <p>1832 : Réform act du parlement britannique 1833 : 1^e commission de codification. Brougham 1834 : Radicalisation du Parti patriote 1836 : Refonte lois Massachusetts 1837 : Rébellion Bas-Canada Régime martial par Conseil spécial 1838 : Rapport Durham</p> <p>-----</p> <p>1841 : Acte d'union des deux-Canada Ordonnance sur les hypothèques 1842 : Début travaux de la commission parlementaire pour l'abolition des droits seigneuriaux 1845 : Commutation possible en franc-alleu</p>	<p>1796 : Suspension de la loi sur les communaux 1797 : <i>Métaphysiques des mœurs</i> de Kant</p> <p>1802 : Rétablissement de l'esclavage par Bonaparte 1804 : Code civil (interdiction des arrêts de règlement) 1805 : Guerre de l'Empire (Austerlitz) 1807 : Paix de Tilsit 1812 : Campagne de Russie 1814 : Campagne de France. Congrès de Vienne Restauration de la royauté 1815 : Condamnation de la traite des Noirs 1817 : Naufrage de la Méduse au large de Saint-Louis</p> <p>1829 : 1^e thèse relative à von Savigny 1830 : Révolution de Juillet. Conquête de l'Algérie 1831 : Loi pour lutter contre la traite illicite des esclaves Election des conseils municipaux 1834 : <i>Traité du domaine public</i> Proudhon</p> <p>1837 : Loi municipale sur le contrôle des terres communes 1838 : Avis du CE sur le partage des communaux</p>	<p>1799 : Reprise de la traite au Sénégal</p> <p>1809-1816 : Troisième période anglaise Fin guerres napoléoniennes</p> <p>1815 : Initiation de la colonisation agricole 1817 : Schmaltz Gouverneur (→ 1820)</p> <p>-----</p> <p>1819 : Traité de Ndiaw avec le Brak du Waalo (vers fin de la politique du comptoir) <i>Conservation des hypothèques à Saint-Louis.</i> 1820 : 7000 habitants à Saint-Louis 1822 : Conseil de gouvernement et d'administration (Roger Gouverneur (→ 1827)) Concessions aux colons (Code civil) Projet des établissements agricoles (Richard) 1828 : 1^e plan de lotissement de la ville de Saint-Louis 1830 : Arrêté introduit l'application du Code civil</p> <p>1833 : Alliance entre Trarza et Waalo 1834 : Guerre civile du Waalo 1835 : Traité avec l'Emir Trarza qui renonce au Waalo 1837 : Retour des esclaves à Sor (face à Saint-Louis)</p> <p>1840 : Début de la monoculture de l'arachide Ordonnance sur les pas géométriques</p>
--	---	---

<p>1845 : Refonte des lois du Bas-Canada 1850 : Mouvement annexionniste <i>Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada</i></p> <p>-----</p> <p>1854 : Acte pour l'abolition générale des droits et devoirs féodaux dans le Bas-Canada 1855 : Acte sur la rédaction des lois Acte concernant l'abolition du retrait lignager 1856-1861 : Refonte législative par matières 1957 : Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure 1860 : Cadastre 1866 : Fin du régime martial Acte concernant le Code civil du Bas-Canada</p> <p>-----</p> <p>1867 : Acte de l'Amérique du nord Britannique, création de la Confédération canadienne (Nouveau-Brunswick, Nouvelle-Ecosse, Québec et Ontario) art. 91(24) sur les Indiens 1868 : Acte d'interprétation de Québec. 1869 : Soulèvement des Métis, dirigé par Louis Riel 1870 : Code municipal. 1871 : Colombie-Britannique : province canadienne 1876 : Loi sur les Indiens</p> <p>1880 : Création du ministère des Affaires indiennes</p> <p>1885 : Deuxième soulèvement des Métis Pendaïson de Riel Inauguration du Transcontinental</p>	<p>1848 : Révolution de 1848 II^e République Abolition de l'esclavage 1852 : Second Empire</p> <p>1854 : Senatus-Consulte du 3 mai 1855 : Exposition universelle</p> <p>1867 : Exposition universelle</p> <p>1870 : Chute de Sedan contre la Prusse (ralentissement de la politique d'expansion coloniale)</p> <p>-----</p> <p>1875 : III^e République</p> <p>1881 : La direction coloniale n'est plus assurée par le ministère de la Marine mais par le ministère des colonies 1882 : Election du maire 1884 : Code des communes 1885 : Conférence de Berlin 1887 : Bulletin officiel des colonies 1889 : Exposition universelle 1890 : Création Comité de l'Afrique française 1893 : Création du parti colonial français</p>	<p>1849 : Traité avec le Buur du Siin et du Saalum 1850 : <i>Esquisses sénégalaises</i> par Abbé David Boilat</p> <p>1852 : Guerre sainte d'El Hadj Omar Fin du comptoir, début de la colonie</p> <p>-----</p> <p>1854 : Début de la conquête militaire Faïdherbe Capitale : Saint-Louis 25/2/1855 : Défaite du Waalo et des Maures du Trarza 23/3/1855 : Loi sur la transcription hypothécaire 1857 : Décret du 20 mai sur la justice musulmane Annexion du Waalo. Fondation de Dakar Chute de Cheikh Umar à Médine (Fuuta Tooro) 1860 : Traité avec El Hadj Omar (vallée du fleuve) 1861 : Traité avec le Kajoor qui le dénonce 1862 : Interdiction des ventes de terrain pour éviter les spoliations des indigènes. 1864 : Annexion du Kajoor 1865 : Arrêté foncier du 11 mars dit "arrêté Faïdherbe" (accession à la propriété par intervention de l'administration sur le domaine privé)</p> <p>1869-1876 : Pause de la conquête (Vallée)</p> <p>1871 : Traité de compromis avec Lat Joor du Kajoor 1872 : Loi sur les communes de plein exercice. 1876 : Début de la deuxième phase de conquête 1877 : Régime indigène</p> <p>1883 : Prise de Bamako dans la conquête du Soudan 1885 : Ouverture chemin de fer Dakar/Saint-Louis 1886 : Achat au Portugal de la région de Ziguinchor Chute de Lat Joor au Kajoor Fondation du Mouridisme par Amadou Bamba 1887 : Traité avec Samory 1889 : Commission sur la situation immobilière 1891 : La Guinée devient une colonie 1893 : Nouvelles colonies : Soudan, Côte d'Ivoire 1895 : Création de la Fédération de l'AOF</p>
---	--	--

<p>1905 : Saskatchewan, Alberta et Manitoba</p> <p>1912 : Acte d'extension du territoire.</p> <p>1931 : Statut de Westminster</p> <p>1933 : Indépendance du Canada</p> <p>1951 : Loi sur les Indiens</p> <p>1957 : Convention de l'Office International du Travail 1960 : Droit de vote des Amérindiens (gvt fédéral)</p> <p>1969 : The statement of the government of Canada on Indian Policy (ou Livre Blanc) Jean Chrétien 1969 : Droit de vote des Amérindiens (gvt provincial) 1971 : Commission Dorion sur l'intégrité du territoire 1973 : Arrêt Calder droits ancestraux 1975 : Convention de la Baie James et du Nord québécois 1977 : Loi fédérale pour entériner la Convention de la Baie James</p> <p>1981 : Rapatriement de la Constitution 1982 : Loi constitutionnelle et Charte canadienne des droits et libertés 1983 : Première Conférence constitutionnelle 1984 : Convention de l'Arctique Ouest (les Inuvialuit) Arrêt américain Mitchell</p>	<p>1900 : Exposition universelle</p> <p>1931 : Exposition universelle</p> <p>-----</p> <p>1946 : IV^e République</p> <p>1954 : Début guerre d'indépendance de l'Algérie</p> <p>1958 : V^e République</p> <p>Fin de la colonie française au Sénégal 19 mars 1962 : Accord d'Evian 5 juillet 1962 : Indépendance de l'Algérie Transfert législatif : fin de l'empire colonial français</p>	<p>1896 : Colonie Dahomey 1898 : Annexion du royaume de Samory 1900 : Le Niger devient une colonie française Décret pour régler la question de l'habitat sur les pas géométriques 1902 : Dakar devient capital de l'AOF 1903 : Organisation des institutions judiciaires de l'AOF 1904 : Décret domanial pour l'AOF 1906 : Décret foncier du 24 juillet 1906</p> <p>1926 : Décret sur la consistance du domaine public 1926 : Décret 8/10 Constatation droits fonciers 1927 : Mort de Cheikh Amadou Bamba 1932 : Décret du 26 juillet 1932 foncier Immatriculation 1933 : Arrêt "État français contre D'Almeida" 1935 : Décret domanial de l'OAF du 15 novembre 1935. 1939 : Publication de 28 coutumiers juridiques de l'AOF</p> <p>1955 : Décret n° 55-580 du 20 mai 1955 sur les droits fonciers 1956 : Autonomie territoriale interne 1959 : Comité interministériel d'Étude pour une réforme foncière 1960 : Indépendance du Sénégal 1963 : Constitution du 7 mars 1964 : Loi 64-46 sur le domaine national 1966 : Code de l'Urbanisme Code de l'Administration communale</p> <p>1972 : Réforme de l'organisation de l'Administration territoriale : création des communautés rurales, comme niveau d'administration territoriale</p> <p>1976 : Code du domaine</p>
---	---	--

<p>Arrêt Guérin c. Canada fiducie</p> <p>1985 : Statut Indien</p> <p>1990 : Échec de l'Accord du lac Meech</p> <p>Arrêt R. c. Sparrow Droit de pêche et fiducie</p> <p>Arrêt R. c. Sioui</p> <p>Crise d'Oka</p> <p>1991 : Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants</p> <p>1992 : Échec de l'Accord de Charlottetown</p> <p>1993 : Nouveau Code civil québécois</p> <p>1996 : Arrêt R. c. Van der Peet</p> <p>Arrêt R. c. Côté</p> <p>Rapport de la Commission royale sur les peuples Autochtones</p> <p>1997 : Arrêt Delgamuukw c. Colombie-Britannique titre</p> <p>1999 : Création du Nunavut (Inuit de l'Arctique est)</p> <p>2002 : Accord de la "Paix des braves" Cris/Québec</p>	<p>2005 : Loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.</p> <p>Fév 2006 : Déclassement par le Conseil constitutionnel de l'article 4 al.2 de la loi du 23 février 2005 relatif au "<i>rôle positif de la présence française outre-mer</i>". La France n'en a pas fini avec son passé colonial.</p>	<p>1987 : Loi autorisant la vente des terrains domaniaux destinés à l'habitation situés en zones urbaines</p> <p>1988 : Code de l'Urbanisme</p> <p>1996 : Code des collectivités locales</p>
---	---	--

Annexe II : Cartes du Sénégal

L'atlas jeune Afrique du continent africain, Paris : Les éditions du Jaguar, 1993, 175p, p. 130.

L'atlas jeune Afrique du continent africain, Paris : Les éditions du Jaguar, 1993, 175p, p. 132

Annexe III : Cartes du Canada, du Québec et des territoires amérindiens au Québec

CHAUSSADE Jean, *Le Canada ou les risques d'éclatement d'un grand pays*, Paris : Ellipses, 1995, 95p, p. 12.

PORTES Jacques, *Le Canada et le Québec au XX^e siècle*, Paris : Armand Colin, 1994, 195p, p. 16.

Localisation des Amérindiens au Québec, carte réalisée par le ministère des Affaires indiennes.

Annexe IV : Descriptif des entretiens effectués à Saint-Louis (1997/1998)

Interlocuteur : Arona Ndiaye, responsable municipal de l'Urbanisme

Adresse : Mairie de Saint-Louis
Angle rue Khalifa-Babacar Sy/rue Seydou Tall

Entretiens : les 17, 24, 25 février 1998

Au deuxième entretien : visité guidée et commentée du quartier continental Sor Marméal : parties loties et non-loties, irrégularités urbanistiques, conflits de voisinage, délimitation des titres fonciers communaux (TF 1165 à 1168). Lui-même habitant du quartier de Guet Ndar, Arona Ndiaye nous a également renseignée sur les conditions de vie et issues envisageables du site.

Au troisième entretien : Arona Ndiaye nous a mis en relation avec le responsable du cadastre.

Interlocuteurs : Ibrahima Sylla, adjoint au chef de division, responsable des travaux en gestion de développement urbain et Jonas Martin Baidy, chef de projet DUA/GTZ à Pikine

Adresse : Direction Régionale de l'Urbanisme et de l'Architecture (DRUA)
Ndar Sud, angle rue Neuville/rue Cormier

Entretiens : les 18 février et 5 mars 1998
Entretiens sur le SDAU et sur la restructuration de Pikine

Interlocuteurs : Jean-Marie Ndione, Directeur du cadastre et Astuli Ndoeye, responsable du service topographique

Adresse : Services cadastraux de la région de Saint-Louis
Route de la Corniche, en face du village artisanal

Entretiens : les 25 février et 31 juillet 1998
Entretiens sur la difficile mise à jour des documents cadastraux, et sur l'histoire de la ville de Saint-Louis. Informations avec Astuli Ndoeye, résidente de Ngallèle et membre de la Coopérative d'Habitat et de Construction des personnels enseignants et administratifs de l'Université Gaston Berger, sur le nouveau lotissement.

Interlocuteur : Mbaye Kane, enseignant, conseiller municipal, habitant de Pikine

Adresse : Rue angle Tall/Pikine

Entretien : le 4 mars 1998, avec Georges Diop, étudiant en sociologie.
Discussion sur le projet de restructuration du quartier de Pikine et sur le développement de la ville de Saint-Louis.

Interlocuteur : Adama Faye, clerc de notaire à Saint-Louis, chez Amadou Bamba Fall, notaire
Angle rue Flamand/rue Seck Parsine (ex-Brière de l'île)

Adresse : quartier continental de Ndioloffène

Entretien : Le 7 mars 1998, avec Ndeye Coumba Diop, étudiante en géographie

Discussion sur le dynamisme et les modalités techniques des mutations foncières à Saint-Louis

Interlocuteur : Jean-François Mangelaire, responsable du partenariat Lille/Saint-Louis

Adresse : Local du partenariat Lille/Saint-Louis

Angle rue de France/rue Paul Holle

Entretien : le 11 mars 1998,

Entretiens sur les activités du partenariat pour le développement de la ville, et sur le projet de la GTZ à Pikine

Interlocuteur : Vincent Max Bidy, inspecteur des impôts et des domaines, Ousmane Diouf, responsable des domaines et de la TVA, Aly Gueye, contrôleur de l'enregistrement et des recettes.

Adresse : Bureau des domaines, des enregistrements, conservation foncière, timbre.

A l'extrémité Nord de Ndar, près de la station de "Radio Teranga"

Entretiens : le 23, 24 et le 6 mai 1998

Entretiens portant Code du Domaine de l'État de 1976 et de la loi 87-11.

Interlocuteur : Mary Teuw Niane, Directeur UFR MAI (Mathématiques appliquées à l'informatique) à l'Université Gaston Berger, Président de la Coopérative d'Habitat et de Construction des personnels enseignants et administratifs de l'Université Gaston Berger

Adresse : Coopérative d'Habitat et de Construction de l'Université Gaston Berger

Entretiens : Le 11 juillet 1998, dans son bureau à l'Université, entretien sur le lotissement de Ngallèle, ont été évoquées les questions foncières, sociales et culturelles qui ont permis une entente avec les populations originelles d'origine peule.

Interlocuteur : Mustapha Diop, professeur de langue et de culture wolof à l'Inalco, natif de Saint-Louis

Entretien : le 8 février 1999, (outre les cours dispensés en 1996-1997 et 1999-2001, pour l'obtention du Dulco de Wolof.

Discussion à propos des croyances relatives à l'espace, l'importance de l'eau (le rôle de protection du fleuve Sénégal), le mythe de Kumba Bang, les deux rakka de Cheikh Amadou Bamba. L'entretien a permis également de déterminer si les croyances et les représentations relatives à l'espace de Saint-Louis pouvaient faire l'objet d'une étude et avoir une influence sur les droit foncier.

Interlocutrice : Fatou Ndeye Sidibe, étudiante en sociologie et native de Saint-Louis

Discussion, le 21 avril 1999, sur certaines croyances et comportements sénégalais ou spécifiquement saint-louisiens. Naturellement, le mythe de Kumba Bang a été principalement abordé, mais elle a aussi évoqué d'autres génies qui hantent les nuits de Saint-Louis sous la forme de "cheval blanc à une patte", de singe, de fourneaux incandescents, comparaison de l'importance de Mame Kumba Bang avec celle attribuée au génie Kunkurang en Casamance.

Annexe V : Les entretiens et recherches effectués au Québec (1999-2005)

Nov 1999 Premiers contacts avec le monde universitaire québécois, rencontre de professeurs en anthropologie et en droit de l'Université du Québec à Montréal et de l'Université de Montréal, notamment entretien avec Andrée Lajoie, directrice du Centre de droit public à l'Université de Montréal, relatif à l'intérêt scientifique et à l'actualité au Canada d'un projet doctoral portant sur les représentations amérindiennes de l'espace et leurs répercussions juridiques.

2000 Échanges épistolaires avec Sylvio Normand, professeur à l'Université de Laval à Québec, relatifs à l'histoire du droit seigneurial en Nouvelle-France et la culture juridique québécoise et en vue d'un projet de collaboration dans le cadre du Centre de coopération inter-universitaire franco-québécoise.

Sept-nov 2002 Recherches bibliographiques sur le campus de l'Université Laval à Québec et entretiens avec les professeurs Ghislain Otis, Sylvio Normand et Alain Bissonnette pour préciser les thèmes relatifs à la culture juridique québécoise et aux revendications amérindiennes.

Réunion relative au programme "Peuples autochtones et Gouvernance" auquel participe notamment, parmi différents groupes de recherche appartenant à une dizaine d'universités canadiennes, le Centre de droit public de l'Université de Québec, et le Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris. Pour une présentation du programme voir NOREAU Pierre et LAJOIE Andrée, "Peuples autochtones et gouvernance en contexte canadien : difficultés de l'autonomie gouvernementale autochtone et perspectives de recherche", *Cahiers d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 165-180 et également sur <http://www.autochtonie.umontrel.ca/fr/description.html>

Juin 2003 Contribution au colloque "Francophonie en Amériques" dans l'atelier "Société, droit et économie", présidé par Armelle Le Bras-Chopard : "Cultures juridiques. Approche comparative, Sénégal-Québec", BISANSWA Justin K. et TÉTU Michel (dir.), "Francophonie en Amérique" *Quatre siècles d'échange. Europe-Afrique-Amérique*, Actes du colloque "Francophonie en Amérique" organisé à Québec les 26-29 mai 2003, Québec, CIDEF-AFI, 2005, 288p, p. 221-234.

Consultable sur <http://www.ulaval.ca/afi/colloques/colloque2003/perspectives/plancon.html>

19 Mai 2005 : Coordination de la "Journée d'étude "Représentations d'espace et rapports juridiques dans les revendications territoriales. Approches comparatives", organisée par le Lajp dans le cadre de l'école doctorale de droit comparé de Paris 1.

Annexe VI : Les représentations de l'espace et du temps : le mythe de Mame Kumba Bang à Saint-Louis au Sénégal et le mythe innu de Nérézio et Nippé au Québec

IBA GUEYE Issakha, *Kumba Bang, totem de Saint-Louis du Sénégal, conte mythique*, Dakar (?), Sud-communication, 1994, 122p et BISSONNETTE Alain, GENTELET Karine et ROCHER Guy, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec", *Cahier d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 139-164, p. 146-147.

Le mythe de Mame Kumba Bang, personnage aquatique, est très présent dans la vie quotidienne des habitants. Il en est question, par exemple, lorsqu'une personne se noie et que le corps reste introuvable. Pour le retrouver, invoquer Kumba Bang peut être efficace¹. De façon moins dramatique, certains Saint-Louisiens, partis en voyage, ont l'habitude à leur retour, de jeter une pièce dans le fleuve, du pont Faidherbe, comme pour manifester leur allégeance au génie de la ville². En écoutant et en observant les pratiques à Saint-Louis, on peut constater que divers événements de la vie quotidienne peuvent faire l'objet d'un rituel autour de Mame Kumba Bang. Certains disent ne pas croire à ces pratiques magiques, mais leur impact reste fort.

Ainsi, l'histoire du génie a fait l'objet de plusieurs articles de presse ces dernières années, notamment dans deux des grands journaux nationaux : le Soleil³, journal du parti au pouvoir de l'époque, et Sud-Quotidien. A l'occasion du 3^e festival de jazz organisé par la ville en avril 1994, ce dernier a publié une version transcrite du mythe, suivie d'une enquête⁴. Publié dans le cadre d'une manifestation culturelle, ce document n'a pas la volonté d'être scientifique et doit être traité comme tel, mais il témoigne de l'attention suscitée par le thème. Pour notre propos, ajoutons que la version transcrite du mythe est d'une grande utilité dans la mesure où ces transcriptions ne sont pas si courantes⁵. La version proposée ne se limite pas aux péripéties qui se déroulent sur les rives du fleuve. A la narration de l'histoire du personnage de Kumba Bang se mêlent des réflexions sur la vie en général, l'espace et le temps en particulier. Certaines d'entre elles concernent directement les représentations de l'espace et soulignent le rapport que celui-ci entretient avec le temps. Alors qu'il est question de raconter l'histoire de ce roi qui doit donner en mariage sa fille Kumba au mauvais génie Bang, responsable de la sécheresse et de la pauvreté qui se sont abattues sur le pays, le lecteur apprend "*qu'en ces temps, il n'existait aucune mesure, ni de mesure de longueur, encore moins de mesure de temps*", mais, "*il s'était trouvé quelqu'un pour se mêler de comparer le temps à un fleuve qui coule. Depuis, le Temps avait pris l'aspect d'un vieux boa qui avait immergé au fond du grand fleuve, transformé en Ninki-Nanka le dragon écaillé*."⁶ Personnifiant le temps, il était geôlier de Kumba. Pour la libérer, on fait appel à

¹ Cet événement a eu lieu pendant mon séjour dans la ville en 1997-1998, durant lequel un étudiant de l'Université Gaston Berger s'est noyé dans l'océan.

² Informations recueillies lors des entretiens à Saint-Louis.

³ Le soleil du mercredi 22 août 1990, p. 1. Les journaux du Sénégal y ont vu un sujet qui pouvait figurer en "une" de leurs tirages. Le choix des journalistes n'est pas un critère pour attester de l'intérêt scientifique d'un sujet mais il est révélateur d'un état d'esprit de la société.

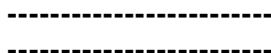
⁴ IBA GUEYE Issakha, *Kumba Bang, totem de Saint-Louis du Sénégal, conte mythique*, Dakar (?), Sud-communication, 1994, 122p.

⁵ Il existe des recueils de contes et mythes du Sénégal, notamment ceux recueillis et édités en version bilingue par Lilyan Kesteloot mais ils ne concernent pas spécifiquement ceux de Saint-Louis. Voir par exemple, KESTELOOT Lilyan, *Contes et mythes wolof*, Dakar : Neas, coll. Traditions orales, 1984, 232p, et avec DIENG Bassirou, *Contes et mythes du Sénégal*, Paris : CILF, 1986, 151p.

⁶ IBA GUEYE Issakha, *Kumba Bang*, op. cit. note 51, p. 12 et 82.

un lutteur parce que, pour "maîtriser le Temps, il importait de saisir la manière dont le mouvement était lié à l'espace. (...) L'objectif était bien sûr de juxtaposer, dans l'esprit des hommes, le temps et l'espace. Ainsi, de la notion de temps, les choses se ramèneraient à celles plus tangibles et plus triviales d'espace. (...) Pour y arriver, il [le lutteur] s'occuperait avant tout du moyen de matérialiser le temps par une représentation spatiale. Temps-Mouvement-Espace, les hommes ne trouveront plus leur salut en dehors de la poursuite effrénée et indéfinie du Temps. L'ignorant croira trouver dans cette chevauchée obsédante la panacée pour conquérir sa portion d'espace. Dès lors, commencera le temps de subir le Temps."⁷ Au terme du combat, le Temps, vaincu, se transforma en Espace et devint l'île de pierre et de sable au milieu du fleuve : l'île de Ndar, nom wolof de Saint-Louis, était créée. Ces éléments du mythe proposent une explication à la fondation de Saint-Louis. Dans cette version, l'île de Saint-Louis figure le Temps maîtrisé, le Temps qui a besoin de l'Espace pour être représenté.

Cette illustration des représentations spatiales par un mythe aquatique n'est pas sans lien avec notre propos juridique ; ces croyances et manières de percevoir l'espace ont naturellement des implications sur les manières de l'occuper, de l'habiter et de le partager. La narration de ce mythe, en préambule de nos commentaires spécifiquement juridiques sur la gestion des sols pendant la colonisation, nous permet de rappeler que deux systèmes de représentations liées à l'espace sont mis en jeu dans la situation coloniale. Avoir en tête cette mythologie permet d'anticiper et de comprendre comment certains blocages et résistances au nouvel ordre juridique imposé sont apparus.



Mise en parallèle du conte de Mame Kumba Bang avec le conte innu rapporté par Alain Bissonnette : les représentations de l'espace et du temps.

BISSONNETTE Alain, GENTELET Karine et ROCHER Guy, "Droits ancestraux et pluralité des mondes juridiques chez les Innus et les Atikamekw du Québec", *Cahier d'anthropologie du droit*, Droit, gouvernance et développement durable, Paris : LAJP et Karthala, 2005, p. 139-164, p. 146-147.

« Notre guide d'entrevue n'abordait pas systématiquement toute la question de la transmission des récits fondateurs ou le faisait sans pouvoir placer les principaux protagonistes dans une situation d'énonciation réelle de ces récits. Néanmoins, il reste que les personnes interviewées y ont fait référence pour justifier leur relation particulière avec le territoire, non sans toutefois s'inquiéter du fait qu'aujourd'hui au sein des maisons, en contexte de sédentarisation, il est plus difficile de transmettre cet héritage (06.06.2004.061.F71 : 9)⁸. En voici un seul exemple tiré d'une entrevue réalisée à Manawan : « Tantôt je parlais de l'espace et du temps, il y a un récit là-dessus : les deux êtres légendaires se sont rencontrés. Et moi, selon mon interprétation, c'est un récit sur les lieux, mais aussi sur un changement s'effectuant sur plusieurs années. Ce sont deux êtres qui ont du leadership qui se rencontrent. Il y a en un qui s'appelle : Nérézio, ce qui

⁷ IBA GUEYE Issakha, *Kumba Bang*, op. cit. note 51, p. 93-94.

⁸ Il faut lire ainsi la numérotation utilisée pour désigner les entrevues : 06.06.2004 correspond à la date où l'entrevue a eu lieu; 061 au numéro de l'entrevue en tant que telle; F71 au sexe de la personne interrogée et à son âge; 9 au numéro de la page de la transcription d'où est tirée la citation.

veut dire qu'il est le Nord, ce qui veut dire l'espace mettons. L'autre individu, c'est Nippé, ce qui veut dire « saisons », c'est-à-dire le temps. Donc c'est l'espace-temps qui se sont rencontrés. Les deux personnes ont discuté. On les fait discuter. Il y a des hommes aussi, des animaux, qui se plaignent qu'au niveau du climat, ça devrait changer. Celui qui vient du Nord, Nérézio, dit à l'autre : « Je serais prêt à changer, mais seulement si tu me bats. » L'autre, celui qui représente le temps, la saison, essaie. Là, ils se sont chamaillés un peu. Chacun voulait battre l'autre. Celui qui vient du Nord ne voulait pas que ça change. Les deux personnes vont se battre ensemble, mais finalement personne ne gagne. Ils sont arrivés à un compromis. C'est là que l'histoire commence : le temps va s'adoucir pour une partie, mais une autre partie va refroidir. C'est là qu'on a eu les saisons. C'est là que le climat a changé : l'ère glaciaire s'est terminée. Les deux personnes ont parlé des animaux, des ressources, des hommes qui vivent. Pour moi, on peut dire que le droit ancestral, c'est pas seulement envers soi-même, c'est envers les ressources, envers les animaux, avec lesquels tu peux aller. C'est le meilleur exemple que je peux donner pour illustrer le droit ancestral. » (26.08.2002.001.H52 : 16)

Ce récit est particulièrement riche. On voit d'abord qu'il raconte l'origine mythologique de l'alternance des saisons, qui a fait suite à « l'ère glaciaire ». Elle survient comme le compromis nécessaire auquel ont dû convenir deux combattants de force égale, l'espace et le temps. Une fois le climat établi sur la base d'une division entre la chaleur et le froid, les deux belligérants maintenant calmés ont pu entamer une conversation qui a porté sur les animaux, mentionnés en premier, les ressources ensuite, les hommes enfin. Et, c'est à cette conversation que le narrateur rattache tout naturellement « le droit ancestral », dont il parle au singulier, lui conférant dans ce contexte, une dimension cosmique dans la mesure où il englobe et réunit les hommes, les animaux et les ressources nécessaires à leur vie. On trouve ici une riche illustration du discours épique sur les droits ancestraux, où ceux-ci se voient situés dans la suite naturelle d'un récit fondateur.

C'est ce même narrateur qui a longuement expliqué le sens de Naorézio, que l'Atikamekw utilise traditionnellement pour se désigner lui-même, lorsqu'il se sent en possession de tous ses moyens, en équilibre et en harmonie avec son environnement, son corps, son esprit, sa culture, sa santé et toutes les pratiques et activités de la vie quotidienne. Intraduisible dans une autre langue, le terme évoque et contient l'idée de liberté et d'autodétermination de la personne.

« Naorézio, vient du mot : la personne elle-même, c'est la personne qui est comme en symbiose, sa désignation est plus spirituelle. C'est un individu qui est capable au niveau de lui-même avec son environnement, avec son côté physique, avec son côté mental, tout est bon de chaque côté, quand on parle d'une approche holistique, ça concerne ça. À mesure qu'il y a un côté qui manque, qui a un déséquilibre, là le mot Naorézio ne peut pas être utilisé. C'est un peu de la façon dont on voit les choses. C'est pour ça qu'on se désigne comme ça. Ça vaut autant pour celui qui parle l'Indien, sa langue, c'est très important, c'est une question mentale. » »

Annexe VII : Pays de droit écrit et pays de coutumes dans la France médiévale

Carte tirée de la géographie coutumière d'Henri Klimrath en 1837

HILAIRE Jean, *La vie du droit*, Paris : PUF, 1994, 308p, p. 182.

Carte sur "le "système des coutumes" dans le Nord de la France à l'époque moderne".

GUYOTJEANNIN Olivier, *Atlas de l'histoire de France. La France médiévale, IX^e-XV^e siècle*, Paris : Autrement, coll. Atlas/mémoires, 103p, p. 90-91. Carte "le "système des coutumes" à l'époque moderne" d'après Jean Yver, *Essai de géographie coutumière. Egalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés*, Paris : Sirey, 1966.

Annexe VIII : Les Amérindiens connus des Français à l'époque des Cent-associés

TRUDEL Marcel, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 3 (suite) : Le comptoir de 1604 à 1627, Montréal : FIDES, 1979, 554p, p. 395.

Annexe IX : Carte du peuplement dans la région de Québec-ville au 17^e siècle

TRUDEL Marcel, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 3 (suite): Le comptoir de 1604 à 1627, Montréal : FIDES, 1979, 554p, p. 155 et ATKINSON David d'après R. C. Harris (dir.), *Atlas historique du Canada*, Presses de l'Université de Montréal, 1987, planche 47, 198p.

Annexe X : Représentation graphique du "rang" québécois

TRUDEL Marcel, *Histoire de la Nouvelle-France*, vol. 3 bis : Le comptoir de 1604 à 1627, Montréal : FIDES, 1979, 554p, p. 171.

Annexe XI : Plans de la ville de Saint-Louis

Guet Ndar, faubourg des pêcheurs saint-louisiens

BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 227.

Saint-Louis du Sénégal : les extensions successives

BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 328.

Les zones inondables à Saint-Louis

BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 336.

L'avenir portuaire de Saint-Louis compléter avec les domanialités

BONNARDEL Régine, *Saint-Louis du Sénégal : mort ou naissance ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 424p, p. 333.

Annexe XII : Indications pour la prononciation du wolof

DIOP Abdoulaye-Bara, son introduction de l'ouvrage de BOILAT David (Abbé), *Esquisses sénégalaises*, Paris : Karthala, 1984 (1853 chez Pierre Bertrand), 490p, p. 5-52, p. 27-30.

Annexe XIII : Les royaumes précoloniaux au Sénégal

THIAM Iba der, PFLIEGER Eliane et FAYE Ibou, *L'éducation civique dans les lycées et collèges, classe de 3^e, le Sénégal et les institutions internationales*, Dakar : Les nouvelles éditions africaines, 1978, 125p, p. 11.

Annexe XIV : Le mythe de fondation de Guet Ndar et représentation de Guet Ndar

SENE Abdoulaye, *Les transformations sociales dans la pêche maritime piroguière. Conditions de travail et modes de vie des pêcheurs de Guet Ndar de Saint-Louis du Sénégal*, thèse de 3^e cycle en sociologie, Université Toulouse le Mirail, 1985, 706p, p. 74 et 78-79.

Dans son étude sur le quartier de Guet Ndar, Abdoulaye Sene rapporte le mythe de fondation et les conditions d'installation des premiers habitants. *"Un vieux pêcheur du fleuve, descendant de la branche des fondateurs du village nous en fait le récit : "A l'origine, quand nous sommes venus habiter ici, c'est mon ancêtre Sajara Jopp qui a quitté le Waalo. Notre Tuur (génie ancestral) l'avait appelé à Xomak et lui ordonné de se lever, d'étendre ses bras, de se tourner vers le Sud en suivant sa main droite, de continuer jusqu'à la rencontre d'un obstacle d'eau, "il marche ainsi jusqu'à la rivière qu'il traversa, il escalada les dunes et descendit vers la mer. Là, il s'exclama en découvrant l'océan qu'il n'avait jamais vu auparavant ; il trouva beaucoup de poissons gisant sur la plage. Les esprits lui dirent alors de continuer à longer la plage jusqu'au nouvel obstacle d'eau, et là il bâtit sa demeure... (...) en cheminant sur la plage jusqu'à la plage actuelle "buntu pom" (à l'entrée du pont du Guet Ndar), il aperçut la petite île qui deviendra Ndar (Saint-Louis) ; il l'observa et se dit que cet endroit est habitable ; il continua son chemin jusqu'à Lazaret (hôpital psychiatrique) où se trouvait l'embouchure. Les "tuur" lui ordonnèrent de revenir sur ses pas vers "buntu pom" ; là il monta sur la butte où ils lui recommandèrent de construire sa maison. C'est la demeure de Sajara Joop qui sera la première maison de Guet Ndar."*

Représentation de Saint-Louis à la fin du 17^e siècle

SINOUE Alain, *Comptoirs et villes coloniales du Sénégal, Saint-Louis, Gorée, Dakar*, Paris : Karthala, 1993, 348p, p. 64. (L'île de Bocos est représentée en haut à droite.)

Annexe XV : Carte des seigneuries de la région de Montréal au 17^e siècle

DEPATIE Sylvie, LALANCETTE Mario, DESSUREAULT Christian, *Contributions à l'étude du régime seigneurial canadien*, La Salle : Hurtubise, HMH, Cahier du Québec, 1987, 292p, p. 5 et ATKINSON David d'après R. C. Harris (dir.), *Atlas historique du Canada*, Presses de l'Université de Montréal, 1987, planche 47, 198p.

Annexe XVI : Loi sur le domaine national au Sénégal

Loi 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, JORS du 11 juillet 1964, p. 905.

L'Assemblée nationale a délibéré et adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article premier : Constituent de plein droit le domaine national toutes les terres non classées dans le domaine public, non immatriculées et dont la propriété n'a pas été transcrite à la Conservation des hypothèques à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Ne font pas non plus partie de plein droit du domaine national les terres qui, à cette même date font l'objet d'une procédure d'immatriculation au nom d'une personne autre que l'État.

Art. 2 : L'État détient les terres du domaine national en vue d'assurer leur utilisation et leur mise en valeur rationnelles, conformément aux plans de développement et aux programmes d'aménagement.

Art. 3 : Les terres du domaine national ne peuvent être immatriculées qu'au nom de l'État.
Toutefois le droit de requérir l'immatriculation est reconnu aux occupants du domaine national qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, ont réalisé des constructions, installations ou aménagements constituant une mise en valeur à caractère permanent. L'existence de ces conditions est constatée par décision administrative à la demande de l'intéressé. Cette demande devra, sous peine de forclusion être formulée dans un délai de six mois à compter de la date de publication du décret d'application de la présente loi. Ce décret précisera notamment les conditions requises pour qu'une mise en valeur soit considérée comme suffisante.

Art. 4 : Les terres du domaine national sont classées en quatre catégories :

- 1/ Zones Urbaines
- 2/ Zones Classées
- 3/ Zones des Terroirs
- 4/ Zones Pionnières.

Art. 5 : Les zones urbaines sont constituées par les terres du domaine national situées sur les territoires des communes et des groupements d'urbanisme prévus par la législation applicable en la matière. Un décret fixera les conditions de l'administration des terres à vocations agricole situées dans les zones urbaines.

Art. 6 : Les zones classées sont constituées par les zones à vocation forestière ou les zones de protection ayant fait l'objet d'un classement dans les conditions prévues par la réglementation particulière qui est applicable. Elles sont administrées, conformément à cette réglementation.

Art. 7 : Des décrets pris après avis des comités régionaux de développement répartissent en zones de terroirs et zones pionnières, les terres du domaine national autres que celles situées dans les zones urbaines et classées.

La zones des terroirs correspond, en principe, à la date de la publication de la présente loi, aux terres qui sont régulièrement exploitées pour l'habitat rural, la culture et l'élevage.

Les zones pionnières correspondent aux autres terres.

Art. 8 : Les terres de la zone des terroirs sont affectées aux membres des communautés rurales, qui assurent leur mise en valeur et les exploitent sous le contrôle de l'État et conformément aux lois et règlements. Ces communautés sont créées par décret pris sur proposition du Gouverneur après avis du comité régional de développement, le même décret définit les limites du terroir correspondant.

Art. 9 : Les terres de la zone des terroirs sont gérées sous l'autorité de l'État et dans les conditions fixées par décret, par un conseil rural et par le Président dudit conseil.

Art. 10 : Le nombre des membres du Conseil Rural est fixé par décret institutif. Il peut comprendre :

1/ des membres élus parmi et par les personnes domiciliées dans le terroir, y résidant effectivement, s'y livrant à des activités rurales à titre principal et jouissant des droits électoraux ;

2/ des fonctionnaires ou agents de l'État désignés en raison de leurs fonctions par décret institutif ;

3/ des représentants de la coopérative ou des coopératives agricoles fonctionnant sur le terroir.

Le Président du Conseil Rural, est désigné par l'autorité administrative parmi les membres du conseil, à l'exception des fonctionnaires ou agent de l'État.

Les fonctions de Président ou de membre du conseil ne peuvent donner lieu à aucune rémunération ou avantage direct ou indirect à peine de déchéance.

Art. 11 : Les zones pionnières sont mises en valeur dans les conditions fixées par les plans de développement et les programmes d'aménagement.

A cet effet, des portions de ces zones sont affectées par décret soit à des communautés rurales existantes ou nouvelles, soit à des associations coopératives ou tous autres organismes créés sur l'initiative du Gouvernement ou avec son agrément et placés sous son contrôle.

Art. 12 : Des conseils de groupement ruraux composés des membres désignés par les conseils ruraux intéressés, peuvent être chargés par l'État de la gestion et de l'exploitation de biens d'équipement publics ou de ressources naturelles intéressant plusieurs terroirs.

Art. 13 : L'État ne peut requérir l'immatriculation des terres du domaine national constituant des terroirs, ou affectées par décret en vertu de l'article 11 que pour la réalisation d'opérations déclarées d'utilité publique.

Art. 14 : Les propriétaires d'immeuble ayant fait l'objet d'un acte transcrit à la Conservation des Hypothèques devront, sous peine de déchéance, requérir l'immatriculation desdits immeubles dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi. À défaut, ces immeubles peuvent être incorporés dans le domaine national.

Art. 15 : Les personnes occupant et exploitant personnellement des terres dépendant du domaine national à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, continueront à les occuper et à les exploiter.

Toutefois, la désaffectation de ces terres peut être prononcée par les autorités compétentes de la Communauté rurale, soit pour insuffisance de la mise en valeur, soit si l'intéressé cesse d'exploiter personnellement, soit pour des motifs d'intérêt général.

La décision de désaffectation pourra faire l'objet d'un recours devant le Gouverneur de la région.

Un décret précisera les conditions d'application du présent article.

Art. 16 : Toutes dispositions contraires à celles de la présentes loi sont abrogées et notamment les décret 55-580 du 20 mai 1955 portant réorganisation foncière et domaniale, les textes pris pour son application et l'article 83 et le 13^e alinéa de l'article 90 du décret du 28 juillet 1932 réorganisant le régime de la Propriété Foncière relatifs à l'immatriculation en vertu d'un certificat administratif.

Art. 17 : Des décrets fixeront les conditions d'application de la présente loi.

La présente loi sera exécutée comme loi d'État.

Dakar, le 17 juin 1964
Léopold Sedar Senghor

Annexe XVII : Tableau gestion domaniale et foncière au Sénégal

ROCHEGUDE Alain, *Décentralisation, acteurs locaux et foncier : mise en perspective juridique des textes sur la décentralisation et le foncier en Afrique de l'ouest et du centre*, PDM/Ministère français des affaires étrangères, 107p, (Sénégal 27p, p. 9)

Annexe XVIII : Traités numérotés et revendications amérindiennes au Canada

Préparés par la division des levés officiels, géomatique du Canada, 2004, Ressources naturelles du Canada.

Annexe XIX : Statistiques des populations autochtones au Québec

Secrétariat aux affaires autochtones, *Les Amérindiens et les Inuits du Québec. Onze nations contemporaines*, Gouvernement du Québec, 2001, 32p, p. 8.

Annexe XX : Application des lois provinciales canadiennes en matière autochtone

Annexe XXI : Extrait de la Proclamation royale de 1763

Capitulations et extraits des traités concernant le Canada; avec la Proclamation de sa Majesté, de 1763. Québec, P.E. Desbarats, 1800, p. 26-27. Archives nationales du Canada : Bibliothèque.

Annexe XXII : Évolutions territoriales des territoires canadien, indien et québécois

Évolutions territoriales du Canada de 1867 à 1912

CHAUSSADE Jean, *Le Canada ou les risques d'éclatement d'un grand pays*, Paris : Ellipses, 1995, 95p, p. 60.

Évolutions du territoire indien de 1763 à 1783

VAUGEOIS Denis, *Québec 1792 : les acteurs, les institutions et les frontières*, Montréal, Editions Fides, 1992, p. 85.

Évolutions territoriales du Québec de 1763 à 1912

Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec, Québec, 1971, vol. IV, p. 73.

Annexe XXIII : Étapes d'application de l'article 35 de la Constitution canadienne

Annexe XXIV : Décret 96-1100 du 18 décembre 1996, JORS, 28 décembre 1996, p. 594

Table des matières

Partie 1 : Représentations du modèle juridique occidental

Titre 1 : Lien entre représentations du droit et culture juridique.....	27
Chapitre 1 : Contours de la notion de représentation du droit.....	29
<i>Section 1 : Évolution de la notion de représentation</i>	<i>30</i>
§ 1 : Origine et définition de la notion.....	30
<i>A : De mentalité à représentation.....</i>	<i>31</i>
1) Les représentations des sociétés lointaines	31
2) La notion de représentation appliquée aux sociétés occidentales.....	32
<i>B : Éléments pour une définition</i>	<i>33</i>
1) La notion de représentation à la croisée de différentes sciences	34
2) Les représentations : un savoir à visée pratique	35
§ 2 : Rôles des représentations.....	36
<i>A : Représentations et légitimité.....</i>	<i>36</i>
1) Représentations et <i>habitus</i> : consensus et conflit	37
2) <i>Habitus</i> et acceptation du droit	39
<i>B : Caractères ambivalents des représentations</i>	<i>40</i>
1) Représentations innovantes et conservatrices	40
2) Représentations individuelles et collectives	41
<i>Section 2 : Fonctionnement des représentations.....</i>	<i>43</i>
§ 1 : Mécanismes d'émergence des représentations.....	43
<i>A : Processus d'élaboration et transmission des représentations.....</i>	<i>43</i>
1) Transmission, imitation, innovation relatives aux représentations du droit	44
2) Le langage et les représentations : l'exemple de l'espace en wolof	47
<i>B : Caractères des représentations.....</i>	<i>51</i>
1) Dynamisme et diversité	52
2) Non-exhaustivité de la connaissance des représentations.....	54
<i>C : L'accès aux représentations et interprétations</i>	<i>55</i>
1) Les limites de l'interprétation : le décalage entre représentations et réalité	56
2) Difficulté de sonder les représentations de l'Autre dans le temps et dans l'espace.....	59
§ 2 : Représentations collectives et culture.....	62
<i>A : Notion de culture.....</i>	<i>62</i>
1) Repères historiques pour une définition de la notion de culture	63
2) Dynamisme des représentations et acculturation	64
<i>B : Notions connexes à culture.....</i>	<i>67</i>
1) Civilisation : mécanismes d'oubli et de mémoire	67
2) Institution et individu	68
Chapitre 2 : Culture juridique des juristes.....	71
<i>Section 1 : Culture juridique et diversité des juristes.....</i>	<i>72</i>
§ 1 : Éléments pour une définition de la notion de culture juridique	72
<i>A : La difficulté de définir la culture juridique.....</i>	<i>72</i>
1) Pratiques, discours et représentations chez les juristes	73
2) Une définition de la culture juridique.....	75
<i>B : Notions voisines de la culture juridique</i>	<i>76</i>
1) Rôle de "l'institution" dans l'émergence d'une culture juridique	76
2) Tradition juridique et code culturel, facteur de la permanence des cultures juridiques	78
§ 2 : Représentations et professionnels du Droit	80
<i>A : Les juristes et leur image : diversité.....</i>	<i>80</i>
1) Diversité des acteurs	81
2) Relations entre juristes et regard sur eux-mêmes	83

<i>B : Prestige du juriste : son pouvoir sur la société</i>	85
1) Classe politique et émergence d'une classe de juristes	86
2) Essor de la classe de juristes dans le contexte de renaissance du droit romain	89
<i>Section 2 : Portée de la culture juridique sur le droit et ses représentations</i>	92
§ 1 : Approches "classiques" du droit et critiques	92
<i>A : Le courant positiviste : contenu et critiques</i>	94
1) Esprit du positivisme.....	94
2) Influence de Kant sur Kelsen et le positivisme	96
<i>B : Conséquence du positivisme sur l'interprétation du droit</i>	98
1) Les difficultés d'interprétation du droit	99
2) Les difficultés de définir le droit : de juristique à pluralisme juridique.....	101
§ 2 : Ni positiviste, ni naturaliste : la question du pluralisme juridique.....	103
<i>A : A la recherche d'éléments de définition du pluralisme juridique</i>	104
1) Relativité et pluralisme de la réalité dans le monde des sciences.....	105
2) Entre État et individu	107
<i>B : Le rôle de l'État dans les théories du pluralisme juridique</i>	109
1) Dangers du monopole étatique, dangers du pluralisme juridique.....	109
2) Le rôle de l'État dans les théories du pluralisme juridique.....	112
<i>C : Pluralisme juridique théorique et pluralisme juridique de la pratique</i>	113
1) Différents degrés de pluralisme juridique.....	113
2) Les visions pluralistes du pluralisme juridique	117
Conclusion du titre 1	120

Titre 2 : Éléments de construction du modèle juridique occidental 123

Chapitre 1 : Institutions et mythes de la rationalité juridique..... 126

Section 1 : Sens et représentations de la construction étatique 127

§ 1 : Représentations de l'État : les prémices	128
<i>A : État et territoire</i>	128
1) Lien entre État et représentations de l'espace.....	129
2) Sur le sens du mot nomos : espace et positivité	130
<i>B : Construction de la personne morale et juridique de l'État</i>	131
1) Personnification de l'État.....	132
2) Établissement du lien religion et droit.....	133
§ 2 : Religion et État : processus de sécularisation.....	136
<i>A : Processus d'invention de l'État</i>	137
1) Fusion originelle de l'État et de l'Église, illustration par le système administratif.....	138
2) Émergence de l'État face à la puissance de l'Église : la "Révolution médiévale de l'interprète" ...	139
<i>B : Variété des interprètes et des processus étatiques</i>	141
1) Diversité des interprètes du Droit à l'extérieur et à l'intérieur de l'espace européen.....	142
2) Rationaliser les relations inter-étatiques ou rationaliser la guerre ?	144
§ 3 : Éléments de mythologie du Droit et de l'État.....	147
<i>A : Représentations de l'État et du droit étatique</i>	148
1) Représentation pyramidale du droit et de l'État : origines et passerelles	148
2) La force du mythe	152
<i>B : Mythe du positivisme juridique</i>	153
1) L'objet de la science du droit	154
2) L'ambiguïté de la <i>Théorie</i> de Kelsen.....	155
Déconstruction mythologique, l'impossible critique du mythe ?.....	157

Section 2 : Du pluralisme à la codification du droit 160

§ 1 : Le mythe de l'unité : du pluralisme à l'unification du droit	161
<i>A : Du prétendu "vide juridique" à la production des coutumes</i>	162
1) Lois personnelles et territoriales, théorie des statuts	163
2) Caractères de la coutume selon les juristes médiévaux	165
3) Rôle du juge et du roi dans la reconnaissance des coutumes	167
<i>B : Éléments de géographie coutumière</i>	170
1) Frontière imprécise entre pays de coutumes et pays de droit écrit	170
2) Diversité et complexité dans les deux zones juridiques.....	174
3) Renaissance du droit romain ou majoration du Droit dans les pratiques ?	176

§ 2 : Droit, loi et codification : question de représentations.....	182
A : <i>Culte de la loi, code civil et rationalité</i>	182
1) Preuve des coutumes et pouvoir de l'écrit : "chimère de la mathématisation du droit"	183
2) Pouvoir, unité et rédaction officielle des coutumes.....	187
3) Rationalité, égalité et droit naturel dans le processus de codification	192
B : <i>Écrit et interprétations : les limites de la rationalité</i>	196
1) Rationalité illusoire de la codification.....	196
2) "Solitude du texte-loi" et interprétations.....	198
3) Le Droit et la Loi : deux mentalités juridiques	200
Chapitre 2 : Représentations, terre et droits de propriété	203
Section 1 : <i>Héritage romain du droit de la terre</i>	204
§ 1 : Interprétations féodales du lien à la terre pendant la période médiévale.....	204
A : <i>Bail emphytéotique romain, origine du domaine divisé médiéval</i>	205
1) Le droit réel de l'emphytéote romain.....	205
2) Réception du droit romain par les juristes médiévaux et représentations des populations	206
B : <i>Lectures médiévales du double domaine</i>	209
1) Saisine, domaine utile et possession légitime	209
2) Dominium et imperium	212
§ 2 : Domaine de la Couronne, propriétés et occupations de l'espace	214
A : <i>Double domaine et extension du domaine de la Couronne</i>	214
1) Domaine de la Couronne et biens ecclésiastiques.....	215
2) Théories et doutes autour du domaine.....	217
3) Droit d'usage et droit de propriété des communaux	219
B : <i>Théorie de la directe royale et sortie du rapport féodal</i>	223
1) Représentations médiévales de l'alleu, une particularité médiévale	223
2) Consolidation du domaine utile vers la patrimonialisation.....	226
Section 2 : <i>Lois, pratiques et représentations de la propriété</i>	230
§ 1 : Rupture des conceptions du régime de la propriété	230
A : <i>Les réformes révolutionnaires des droits de propriété sur la terre</i>	231
1) Fiefs et censives : réformer les propriétés divisées	231
2) Maintien des communaux ?.....	233
B : <i>Courants de pensée juridiques et constructions doctrinales de la propriété</i>	235
1) Le domaine public existe-t-il ?	235
2) Les écoles juridiques en présence au moment de l'application du Code.....	238
§ 2 : Discussions autour des constructions juridiques de la propriété.....	241
A : <i>Le prétendu héritage romain : glissement de concepts relatifs à la propriété</i>	242
1) L'objet de la propriété : droit corporel et droit incorporel.....	243
2) Le droit de propriété en action : usus et droits subjectifs.....	247
B : <i>Quelle propriété sacrée et absolue ?</i>	250
1) Liberté, égalité et notion de propriété.....	250
2) Les limites de la propriété	253
Rupture dans les représentations de l'espace et du territoire : vers la seconde partie	257

Partie 2 : L'importation du modèle français : représentations et construction normative dans les cultures juridiques du Sénégal et du Québec

Titre 1 : Construction de l'espace juridique en Nouvelle-France et au Sénégal	266
Chapitre 1 : Invention d'un espace politique.....	269
<i>Section 1 : Découvertes et conquêtes</i>	<i>271</i>
§ 1 : Prise de possession du nouveau territoire en Nouvelle-France.....	272
<i>A : Discours sur les découvertes</i>	<i>272</i>
1) Reconnaissance de la souveraineté amérindienne initiale	273
2) Légitimation de l'occupation européenne	275
<i>B : Nature de l'expansion coloniale en Nouvelle-France.....</i>	<i>277</i>
1) Les traités Amérindiens/Européens.....	278
2) L'influence des religieux sur la maîtrise du territoire	280
3) Approches commerciales de l'occupation.....	282
§ 2 : Conquête et prise de possession du Sénégal.....	285
<i>A : De l'idéologie du comptoir à la création de l'espace colonial sénégalais</i>	<i>286</i>
1) Instabilité de la période du comptoir commercial (1633-1819)	287
2) Colonisation agricole au Waalo : les interprétations du traité de Ndiaw en 1819	288
<i>B : Création de l'espace colonial au Sénégal.....</i>	<i>291</i>
1) Conquête militaire et impérialisme colonial	292
2) Collaboration administrative avec les pouvoirs confrériques	294
Transition en forme de commentaire sur l'alliance sacrée avec la terre	296
<i>Section 2 : Diversité des représentations de l'espace et premiers contacts.....</i>	<i>299</i>
§ 1 : L'ambiguïté des relations franco-amérindiennes	299
<i>A : Interpréter les relations entre Amérindiens et Européens</i>	<i>300</i>
1) Interprétations par les Européens du 17 ^e siècle des modes d'occupation des Amérindiens	300
2) Perceptions des Amérindiens sous le régime français, entre altruisme et esclavagisme ?	302
<i>B : L'instauration des "réserves" et le droit applicable aux Amérindiens.....</i>	<i>303</i>
1) Les mobiles de la mise en place des réserves en Nouvelle-France	304
2) L'échec de la seigneurie-réserve de Sillery.....	307
§ 2 : Rencontre de deux systèmes de représentations de l'espace au Sénégal	309
<i>A : La rencontre de deux cultures juridiques de l'espace.....</i>	<i>310</i>
1) Métissage des espaces dans la ville de Saint-Louis.....	310
2) Confrontation des représentations à Guet Ndar	312
3) Droit de concession et domanialité publique : difficultés d'application et d'interprétation	315
<i>B : Les droits traditionnels interprétés au regard de la théorie domaniale</i>	<i>318</i>
1) Conséquences juridiques des droits traditionnels : inaliénabilité et droits collectifs	319
2) Discussion autour de la théorie domaniale	321
Conclusion du chapitre 1	325
Chapitre 2 : Conséquences juridiques de l'occupation des territoires.....	327
<i>Section 1 : Les institutions de "l'occupation juridique" dans les colonies</i>	<i>328</i>
§ 1 : Implantation de l'administration en Nouvelle-France.....	329
<i>A : Logique d'imitation administrative, juridique et politique en Nouvelle-France.....</i>	<i>329</i>
1) Discussion sur la nature du droit applicable et mis en œuvre	330
2) Administration locale et volonté politique : vers le désengagement	331
<i>B : Les lectures du régime seigneurial en Nouvelle-France : l'émergence d'une culture juridique.....</i>	<i>335</i>
1) Contenu du droit applicable dans les seigneuries.....	336
2) Discussion sur le lien entre mise en valeur et peuplement.....	338
§ 2 : Importation du modèle juridique au Sénégal.....	341
<i>A : Emergence de la construction étatique.....</i>	<i>342</i>
1) Une organisation administrative : centralisée et locale.....	343
2) Espace urbain et construction de la citoyenneté.....	344
<i>B : Le droit applicable par l'institution judiciaire : la rédaction des coutumes</i>	<i>346</i>
1) Organisation judiciaire	346

2) Importation du droit écrit : Code civil et codification des coutumes.....	347
Section 2 : Réception et interprétations du droit importé par les acteurs	351
§ 1 : Rencontres des cultures juridiques et pratiques du droit en Nouvelle-France/Bas-Canada.....	351
A : Autochtones et seigneurs : diversité des représentations et mécanismes d'internormativité	352
1) Droit applicable dans les seigneuries/réserves amérindiennes.....	352
2) Conflits fonciers et ré-appropriation du droit européen par les Amérindiens	354
3) Droit et régime seigneurial applicables au lendemain de la Conquête anglaise	359
B : Hybridation du droit québécois ?.....	368
1) Pluralité des sources juridiques et codification québécoise	369
2) Circulation des cultures juridiques et "intégrité du droit civil"	374
3) Hybridation du droit et interprétations des Codes de 1866 à 1994.....	378
§ 2 : Interprétations des institutions importées au Sénégal : propriété et État.....	385
A : La procédure de l'immatriculation : interprétations de la propriété et tentatives d'application.....	385
1) Dispositif législatif et interprétations des acteurs juridiques.....	386
2) L'échec du système d'immatriculation de 1906 et les adaptations de 1925 et 1932	389
B : Processus de légitimation du droit et de l'État.....	392
1) Importation du modèle étatique : discours et pratiques des élites et des gouvernés	392
2) Portée et conséquences de l'importation du modèle étatique	395
Conclusion du Titre 1	399
 Titre 2 : Droit de la terre : deux légitimités fondées sur les représentations.....	 401
Chapitre 1 : Les cultures juridiques et la propriété individualisée.....	403
Section 1 : Propriété québécoise entre droit civil et Common Law.....	404
§ 1 : Transformations des représentations de la propriété et impact sur le droit positif.....	404
A : Vers l'abolition du régime seigneurial : le bijuridisme en pratique	405
1) Initiation du processus d'abolition du régime seigneurial.....	406
2) La réforme de 1854 : application et conversion en franc-alleu	408
B : Rapport de force juridique : la question des droits d'enregistrement.....	410
1) Sens de la réforme d'introduction des droits d'enregistrement	411
2) La réforme de 1841 dans les pratiques	413
§ 2 : La fiducie québécoise est-elle un trust ?	417
A : Le trust en Common Law : des racines féodales adaptées aux situations contemporaines	418
1) Aux sources médiévales et romaines du trust	420
2) L'estate : le cœur du trust	422
B : Le trust et la fiducie : quelles interprétations ?	424
1) Ownership et Equity du trust	425
2) Patrimoine d'affectation et ownerless patrimony de la fiducie.....	428
Section 2 : État, droit et politiques de la terre dans le Sénégal indépendant.....	431
§ 1 : L'État sénégalais et le droit de la terre	431
A : Interprétations du domaine national	432
1) Esprit et contenu de la loi sur le domaine national.....	433
2) Interprétation du lien entre domaine national et immatriculation : exemple des zones urbaines ..	438
B : Stratégies de l'État sur son domaine privé.....	441
1) Modalités d'occupation et de gestion du domaine privé de l'État.....	442
2) La logique de mise en valeur du domaine privé de l'État dans la loi 87-11	444
§ 2 : La réforme foncière en contexte de décentralisation	446
A : Les politiques de décentralisation : un nouveau rôle pour les collectivités locales	447
1) L'action de la commune en matière domaniale et foncière : les pratiques de Saint-Louis.....	448
2) Enjeu de la décentralisation et de la réforme foncière en milieu rural.....	451
B : La réception des réformes dans la pratique des acteurs.....	453
1) Limites des lois de décentralisation en matière de gestion communale.....	453
2) Acculturation et légitimité du droit au Sénégal.....	457
Conclusion chapitre 1	459

Chapitre 2 : La recherche d'un compromis entre droit légal et pratiques	461
<i>Section 1 : Revendications territoriales et réappropriation du droit par les Amérindiens</i>	462
§ 1 : Les négociations des revendications amérindiennes	463
<i>A : La compétence fédérale des questions amérindiennes</i>	463
1) Identité et diversité amérindiennes	464
2) Négociation des revendications amérindiennes et reconnaissance constitutionnelle	468
3) La relation entre le Québec et les Amérindiens dans le cadre constitutionnel	475
<i>B : Revendications et représentations du territoire</i>	479
1) Autodétermination amérindienne et intégrité du territoire québécois	480
2) Diversité des représentations du territoire et regards mutuels	485
§ 2 : Revendications des Amérindiens et interprétations de la Cour suprême	489
<i>A : Interprétations des droits des Amérindiens par la Cour suprême</i>	489
1) Rapport entre les revendications amérindiennes et les droits ancestraux reconnus	490
2) Conditions juridiques de reconnaissance du titre ancestral	496
3) Relation entre le titre ancestral et les réserves au Québec	501
<i>B : Application de la fiducie aux revendications amérindiennes</i>	503
1) Fondements historiques et juridiques du rôle de fiduciaire de la Couronne	504
2) Interprétation de la relation de fiducie par la Cour suprême	505
3) Réception par la doctrine de la trilogie "fiducie, droits ancestraux et droit à l'autonomie"	509
<i>Section 2 : Pratiques du droit foncier des populations : illustrations à Saint-Louis</i>	512
§ 1 : Pratiques du droit et généralisation de la propriété urbaine : l'exemple de Pikine	512
<i>A : Précarité juridique et permanence de l'occupation</i>	513
1) Origine des droits applicables dans le quartier de Pikine à Saint-Louis	513
2) Les litiges nés des différents régimes fonciers appliqués à Saint-Louis	515
<i>B : Résistances des pratiques juridiques face au réaménagement par l'État</i>	517
1) Processus de réappropriation du droit de l'urbanisme par les populations	518
2) Le réaménagement en pratique	520
§ 2 : Droit et réaménagement : l'exemple de Guet Ndar	522
<i>A : Régime juridique complexe du site de Guet Ndar</i>	522
1) Les arguments pour qualifier la nature juridique du site	523
2) Les représentations des habitants relatives aux terrains occupés	526
<i>B : Mise en œuvre et réception des politiques de réaménagement</i>	527
1) Les obstacles juridiques de l'extension du site de Guet Ndar sur la Langue de Barbarie	527
2) Projet hors de la Langue de Barbarie : le site "terrestre" de Ngallèle	530
Conclusion chapitre 1 : Pluralisme juridique et représentation du droit	533
 Conclusion	535
Indications bibliographiques	553
Textes législatifs et réglementaires	589
Jurisprudence relative aux questions amérindiennes	592
Index	593
Annexes	607

4^e de couverture

Le travail examine la part des représentations du droit dans la construction des cultures juridiques, illustrées par des situations relatives aux rapports à la terre. Trois contextes juridiques différents, la France, et deux de ces anciennes colonies, le Québec et le Sénégal, soulignent le rapport entre la légitimité du droit et la production normative. En se référant à la notion juridique de propriété, l'étude met en évidence les difficultés de diffusion du modèle et de la culture juridique française d'inspiration civiliste au Québec et au Sénégal et montre que le droit n'est pas l'objet de représentations et pratiques universelles, en examinant les mécanismes d'interprétations de ce modèle par les populations et les élites québécoises, amérindiennes et sénégalaises. La perspective historique, nécessaire pour étudier la culture juridique et les processus juridiques, permet d'envisager les pratiques du droit de l'époque contemporaine sous l'angle des relations entre les cultures juridiques que ce soit en terme de confrontation ou en terme d'échange. Deux questions émergent : celle de la nature du droit qui résulte des échanges et celle du rapport entre légalité et légitimité du droit produit. Les rencontres juridiques conduisent-elles à une situation de métissage du droit ou à une situation de pluralisme juridique ? La lecture théorique de cette question ne peut être dissociée du questionnement sur la légitimité de la production normative et conduit à examiner les pratiques des populations en présence.

The representation in the production and the application of law

Case studies in the right of land ownership to Canada/Quebec, in France and in Senegal

This dissertation examines the part of the representations of the law in the development of legal cultures process, from its illustration into relations with the land. Three different legal contexts, these of France and of two of its former colonies, Quebec and Senegal, are particularly revealing of the relationship between law's legitimacy and normative production. Referring to the legal concept of property, and examining the mechanisms of the French legal model used by the Quebecois – both Aboriginal and Non-Aboriginal –, and the Senegalese populations and elites, this study highlights the impediments of diffusion for this legal model and culture, both in Quebec and Senegal, and shows that the law is no object of universal representations and practices. The historical prospect, which is necessary to the study of the legal culture as well as the legal processes, makes it possible to consider, contemporary legal practices under the angle of the relationship between the relevant legal cultures, in terms of confrontation or exchange. Two questions, then, arise: that of the nature of the law that results from the exchanges, and that of the relationship between both the legality and legitimacy of the so produced law. Does the legal meeting lead to a situation of mixed law, or does it give rise to a situation of legal pluralism? This theoretical question cannot be dissociated from that of the legitimacy of the normative production, and leads to an examination of the involved populations' very practices.

Mots clés :

**Common law Coutume Culture juridique Légitimité
Propriété foncière Pluralisme juridique Québec Sénégal**

Discipline : **Droit**

Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (Paris 1),
9, rue Malher 75004 Paris. lajp@univ-paris1.fr